DAS

GESELLSCHAFTSVERMÖGEN

NACH

BÜRGERLICHEM RECHT UND BEI DER OFFENEN HANDELSGESELLSCHAFT

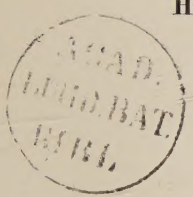
INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

EINER

HOHEN JURISTENFAKULTÄT



VORGELEGT

VON

OTTO WÖLZ

RECHTSANWALT IN STUTTGART

STUTTGART

DRUCK VON STRECKER & SCHRÖDER

1908

MEINER LIEBEN FRAU GEWIDMET

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552713_0045

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1 1

§ 2 3

Einzeldarstellung:

Erster Abschnitt: Das Sondervermögen und seine Bestandteile. Die Statik des Sondervermögens.

§ 3. Die einheitliche wirtschaftliche Ausnützung der Rechte für das Sondervermögen — Gebrauch und Verwertung 9

§ 4. Regelung der einheitlichen Verwaltung der Sondervermögensrechte durch die Gesellschafter 18

Darstellung als subjektive Einheit:

Individualisierung.

§ 5 21

§ 6. Rechte an unbeweglichen Gegenständen im Grundbuchrecht . . . 24

§ 7. Rechte an beweglichen Sachen 30

§ 8. Bei Rechtsverhältnissen 33

Darstellung als objektive Einheit:

§ 9 38

§ 10. Schätzung und Wertungsverkauf 40

§ 11. Vermögensverzeichnis, Inventur, Bilanz 44

Lokalisierung.

§ 12 45

§ 13. Die ausschliessliche und einheitliche Zugehörigkeit der Rechte zum Sondervermögen und die Einzelgesellschafter 46

Zweiter Abschnitt: Die Rechtsverhältnisse und Rechtsgeschäfte beim Sondervermögen. Die Dynamik des Sondervermögens.

a) Sondervermögen und Drittvermögen.

§ 14. Beschränkte dingliche Rechts- und Werthaftungsansprüche am Gesellschaftsvermögen 54

§ 15. Sondervermögensschulden 58

§ 16. Die Rechtsgeschäfte mit dem Sondervermögen und die Gebundenheit der Rechte im Sondervermögen 67

§ 17. Rechtsstreit des Sondervermögens. Zwangsvollstreckung in das Sondervermögen 71

b) Das Sondervermögen und die Privatvermögen.

§ 18. 1. Das Anteilsrechtsverhältnis 75

I. Die rein formalen Beziehungen und Befugnisse 78

II. Die Verwaltungsbefugnisse und Verpflichtungen 79

III. Die materiellen Anteilsverhältnisse 81

Seite

Anteilsarten.

1. Die Einlagen und Geschäftsguthaben (Kapitalanteil) 82
2. Gewinnanteil- und Benutzungsrechte 85
3. Der Auseinandersetzungsanspruch 86
4. Anspruch auf Vorzugsbefriedigung 87

Die Geltendmachung dieser materiellen Anteilsrechte 88

Die Beendigung des Anteilsrechtes 89

§ 19. Das Anteilsverhältnis und die Privatvermögen 90

§ 20. Nicht gesellschaftliche Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen 94

Dritter Abschnitt: Der Gesellschaftsvertrag und das Sondervermögen.

a) Der Gesellschaftsvertrag als Gründungsvertrag.

§ 21. Die absolute Wirkung des Gesellschaftsvertrages 101

§ 22. a) Die relative Wirkung und Beginn der absoluten Wirkung . . 104

b) Völliges Fehlen oder völlige Rechtsunwirksamkeit einer vertragsmässigen Einigung 105

§ 23. Vertragsmässige Abänderlichkeit des Gesellschaftsrechtes . . . 120

§ 24. Nachvertrag, Eintritt und Austritt 123

b) Der Gesellschaftsvertrag als obligatorisches Kausalgeschäft (Einbringung von Beiträgen und Auseinandersetzung).

§ 25. Der Gesellschaftsvertrag und die Beitragspflicht 127

§ 26. Gesellschaftsvertrag und Auseinandersetzung 139

§ 27. Rechtsförmliche Übertragungsgeschäfte bei Einbringung und Auseinandersetzung 140

Abkürzungen.

I. Zitierte Gesetze.

BGB., HGB., (A. u. N.), ZPO., KO., GO. = Grundbuchordnung. GewO. = Gewerbeordnung. ZwVG. = Zwangsversteigerungsgesetz in Immobilien. FGG. = Gesetz über Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. WO. = Wechselordnung. WAG. = Württembergisches Ausführungsgesetz. WMV. = Ministerialverfügung.

ALR. = Allgemeines Landrecht. CC. = Code Civil. SchweizObl. = Schweizerisches Obligationenrecht. SBGB. = Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch.

NürnbProt. = Nürnberger Protokolle zu AHGB., teilweise in der Lutzschen Ausgabe zitiert.

Mot. u. Pr. z. BGB. D. = Denkschrift zu BGB. und NHGB.

II. Zeitschriften.

AfPr. = Archiv für zivilistische Praxis. JfD. = Jahrbücher für Dogmatik (ZfD.).

Bd. XII, Bekker: Rechtssubjekt. AfBR. = Archiv für bürgerliches Recht.

B. = Bolze. Gr. = Gruchot. KVS. = Kritische Vierteljahrsschrift.

ZfHR. oder GZ. = Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wechselrecht. Bd. 4, Bekker: „Zweckvermögen". XXX und XXXI Laband: Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften. Zentralblatt = für Freiwillige Gerichtsbarkeit. GBl. = Gerichtsblatt.

NJ. = Neumann, Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

III. Grössere Werke.

Gold. = Goldammers Archiv.

Gareiss: Handelsrecht.

Gierke: GenR. = Genossenschaftsrecht. GenTh. = Genossenschaftstheorie. DPrR. = Deutsches Privatrecht. Erl. zu E I Heft 18 = Erläuterungen zum ersten Entwurfe des BGB. VoR. = Vereine ohne Rechtsfähigkeit.

Knoke: Gesellschaftsrecht. Dort weitere Literatur.

Ehrenberg: BH. = Beschränkte Haftung. GV. = Gesellschaftsvertrag im Handlexikon der Staatswissenschaften II 224 f.

Behrend: Handelsrecht.

Renaud: Kommanditgesellschaft (KG.)

Unger: in JhrbfD. XXII.

v. Hahn: Kommentar ebenso Staub, Makower, Anschütz, Völkerndorf. W. = Windscheid Pandekten (A.). D. = Dernburg Pandekten und PrPrR. = Preussisches Privatrecht.

MG. = Mandry-Geib: Zivilrechtlicher Inhalt.

End. = Endemann (HR. = Handelsrecht. HB. = Handbuch sonst Lehrbuch).
Cosack = Lehrbuch des BGB. GC. = Gerber-Cosack, Deutsches Privatrecht.
Stobbe: Deutsches Privatrecht.
Häusler: Institutionen des römischen Rechtes.
Leist: Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht.
Oberneck: Reichsgrundbuchordnung.
TF. = Turnau-Förster. Sachenrecht des BGB.
Weiland: Gesellschaftsschulden.
Keller-Wach: Römischer Zivilprozess.
Wach: Handbuch des Zivilprozesses.

IV. Entscheidungen.

RG. des Reichsgerichtes.
ROHG. des Reichsoberhandelsgerichtes.
SA. = Seufferts Archiv.
JW. u. JurW. = Juristische Wochenschrift.

Einleitung.

§ 1.

Das Gesellschaftsvermögen im BGB. gehört wie das Sammlungsvermögen des § 1914 BGB., wie die Nachlassmasse, der Inbegriff, das Landgut zu den neuartigen Erscheinungen, welche die strenge Scheidung zwischen den grundlegenden Rechtsbegriffen — den rechtlichen Grundeinheiten — Rechtssubjekt, Vermögen und Einzelrecht — in theoretischer und praktischer Beziehung erheblich erschweren.

Grunderscheinung im Rechtsleben ist — und zwar in einfacheren Wirtschaftsverhältnissen mehr als in verwickelteren — die Tatsache, dass für Einzelindividuen und durch Einzelindividuen die wirtschaftlichen Güter ausgenützt werden.

Das Einzelindividuum ist durch diese Zweckbeziehung zu den Wirtschaftsgütern die erste grundlegende Einheit.

Die einzelnen Beziehungen zu den Wirtschaftsgütern als Herrschaftsrechte — dingliche Rechte — an denselben sind die zweite Einheit — die Einzelrechte. —

Die Beziehung zwischen Recht und dem Individuum als Beziehungspunkt — Subjekt — wird durch Individualisierungsrechtsformen dargestellt und die Verschiedenartigkeit der Herrschaftsrechte an verschiedenen Wirtschaftsgütern ergibt die Verschiedenheit der Rechtstypen.

Die Zusammenfassung dieser einzelnen Herrschaftsrechte eines Individuums als sein Vermögen gibt die dritte Einheit. Hierbei ist namentlich von Wichtigkeit, dass sich die Bedeutung der Einzelrechte für das Individuum werten lässt und sich durch eine bestimmte Wertzahl ausdrückt. Auf dieser Grundlage lässt sich durch Zusammenrechnung der Wertzahlen das Vermögen eines Individuums in einer Summe darstellen.

Die nach aussen erkennbar einem Individuum zugehörigen, wirtschaftlich für die Sonderinteressen des Individuums verfügbaren, in

der Summe ihrer Einzelwerte zusammenfassbaren Rechte bilden die Vermögenseinheit einer Rechtssubjektseinheit.

Zwischen den Einzelindividuen und ihren Vermögen spielt sich das Rechtsleben zunächst ab.

In Beziehung auf die Einzelrechte werden Rechtsverhältnisse mit aktiver und passiver Seite begründet — das Gebiet des Obligationenrechts —, werden die Zugehörigkeitsbeziehungen freiwillig oder zwangsweise unter gleichzeitiger Wirkung für die Wertverhältnisse der beteiligten Vermögen gewechselt, Rechtsstreite geführt. Endlich ergibt sich zwischen Einzelindividuen bei näherer familienrechtlicher oder sonstiger Beziehung — Kindesverhältnis, Ehe — und bei Aufhören des Einzelindividuums — ein mehr oder weniger allgemeiner Rechtsübergang.

In dieses einfache Verhältnis zwischen Einzelrecht, Einzelindividuum und dann den Einzelindividuen schieben sich jedoch (wie im Eingang angeführt) weitere Erscheinungen als besondere Einheiten im Rechtsleben ein.

Zunächst ergeben sich aus wirtschaftlichen Gründen gewisse Zusammengehörigkeitsbeziehungen zwischen einzelnen Wirtschaftsgütern. Dementsprechend müssen diese zusammengehörenden Wirtschaftsgüter im Einzelvermögen zusammenfassend behandelt werden schon bei der Ausnützung, mehr noch beim Austausch. Während im Rechtsleben sonst das subjektive Interesse des Einzelindividuums den Rechtsgehalt bestimmt, ist es hier das objektive wirtschaftliche Interesse des einzelnen Wirtschaftsgutes, welches in gewissem Masse bestimmend wirkt — Bestandteilseigenschaft an einer Hauptsache, Hauptsache und Zubehör, herrschendes Grundstück, die wirtschaftliche Hauptbestimmung für alle Einzelsachen bei einem Inbegriff. —

Von viel weittragender Bedeutung ist aber die Erscheinung, dass Einzelindividuen und ihre Interessen in ähnlicher Weise wie bei den objektiven Einheitserscheinungen sich im Rechtsleben nicht nur ausschliesslich gegenüberstehen, sondern auch in bezug auf einzelne Wirtschaftsgüter und die daran bestehenden Rechte parallel gehende Interessen haben.

Entweder begründet die objektive Einheit des Rechtsgutes die Rechtsgemeinschaft oder die Einheitlichkeit der subjektiven Interessen in bezug auf gewisse Rechtsgüter eine Rechtsausübung an denselben im gemeinschaftlichen Interesse. Hier finden wir, dass ein grösseres wirtschaftlich unteilbares Gut mehreren zusteht, dort, dass ein

gemeinsames subjektives Interesse — zunächst einmal die Lebensgemeinschaft in der Ehe oder sonstigen Genossenschaften — eine einheitliche Verwaltung der zugehörigen Rechtsgüter erforderlich macht. Dabei scheiden sich die entsprechenden tatsächlichen Erscheinungen nicht scharf, sondern gehen vielfach ineinander über.

So entwickelt sich fortschreitend ein für eine besondere rechtliche Regelung grundlegender weiterer Einheitsbegriff, der Begriff der tatsächlichen wirtschaftlichen Einheit unter Rechtsgegenständen, der Begriff der subjektiven Rechtssubjektsmehrheit und der Begriff der Interesseneinheit — Gesamtinteresse — bei mehreren Rechtssubjekten.

§ 2.

Die objektive Zusammenfassung mehrerer wirtschaftlich zusammengehöriger Rechtsgüter erfordert eine zusammenfassende Behandlung der daran bestehenden oder im obligatorischen Rechtsverkehr zu begründenden Rechte, eine einheitliche Regelung der freiwilligen oder zwangsweisen Übertragung, eine gewisse Erkennbarmachung der gemeinsamen Zugehörigkeit nach aussen, eine zusammenfassende Wertung und damit zusammenhängend gewisse Regeln für den Eintritt von Ersatzstücken in den bestehenden Zusammenhang.

Bei den Gemeinschaftsverhältnissen ergibt sich die im Gegensatz zu den natürlichen Sachgütern selbst an den entsprechenden Rechtsbegriffen stets durchführbare Teilung des Rechtsgehaltes nebst bestimmten Regeln über die Teilung von Ertrag und vor allem des Wertes unter den beteiligten Rechtssubjekten. Das Interesse des Einzelsubjektes erschöpft sich in dem Interesse an dem ihm zugewiesenen Rechtsteile.

Das Gesamtinteresse mehrerer Rechtssubjekte an einer Mehrheit von Rechtsgütern und der sich hiernach ergebende, deren Verwaltung, Ausnützung und Verwertung beeinflussende einheitliche Zweck wird rechtlich entweder durch obligatorische Bindung der Einzelsubjekte erreicht oder aber dadurch, dass in einer über die nur obligatorische Bindung hinausgehenden, absolut gegenüber allen Rechtsgenossen wirkenden Weise ein das Gesamtinteresse gleichsam verkörpernder Mittelpunkt nach Analogie des Einzelrechtssubjektes oder wenigstens eines Einzelvermögens oder endlich eine Zusammenfassung als Sachinbegriff geschaffen wird.

Mit absoluter Wirkung wird hier eine einheitliche Verwaltung, Ausnützung und Verwertung ermöglicht. In verschiedenartigster Weise schliesst sich daran die rechtliche Konstruktion der Austeilung des wirtschaftlichen für das Gesamtinteresse erzielten Resultates auf die Einzelinteressenten.

Die strenge Durchführung der den Verhältnissen beim Einzelindividuum analogen Behandlung dieser Erscheinungen in der Konstruktion der fingierten juristischen Personen ist in der neueren Gesetzgebung seit dem AHGB. unter dem Einflusse der deutschrechtlichen Theorien verlassen worden.

Es ist nach der modernen Erkenntnis nicht damit getan, dass für eine derartige von einer Einzelpersönlichkeit verschiedenen Zweckerscheinung durch Fiktion die Eigenschaften der Einzelperson hergestellt bzw. ersetzt werden und so die Rechte „wie für eine Einzelperson“ ausgeübt werden. Nicht bloss dieser subjektive Umstand wird beachtet werden müssen, sondern die objektive Tatsache, dass Gegenstände und Rechte objektiv anders für eine Zweckeinheit als für eine Einzelperson verwaltet und namentlich ausgeübt werden. An Stelle rein physischer Ausnützung durch die Einzelperson tritt bei der überwiegenden Anzahl dieser neuen Zweckeinheiten als Endziel die Ansammlung einer Gütermasse, und zwar meist einer in Rechnungsziffern begrifflich darstellbaren Kapitaleinheit. Eine solche Vermögensmasse kommt dann wieder durch Rechtsbeziehungen ganz eigener Art — die Genuss- oder Gewinnanteilsrechte — in mehr oder weniger direkter Weise Einzelindividuen zugut. Hierbei handelt es sich darum, dass aus der Machtausübung im Kollektivinteresse, aus den diesem einheitlichen Zwecke dienenden Rechten ein gewisser Teil zum Gebrauch und Verbrauch den Einzelinteressenten zugeleitet wird. So tritt die Notwendigkeit hervor, einen neuen Rechtsmittelpunkt zu konstruieren, den man bildlich als rechtstechnischen Transformator charakterisieren kann.

Dieser greift einerseits bezüglich der Rechtsobjekte in teilweise ähnlicher Weise wie die Einzelindividuen ins Rechtsleben ein. Eine Ähnlichkeit besteht in der Tatsache, dass für den einen wie für den anderen Mittelpunkt die Rechte zunächst einmal individualisiert und zusammengehalten, dann besonders einheitlich hinsichtlich ihrer dinglichen und obligatorischen Rechtsbeziehungen zum Objekt bzw. zu anderen Rechtsmittelpunkten verwaltet und ausgenützt werden.

Verschieden vom Einzelindividuum ist „die Art, wie“ die Rechte ausgenützt und verwaltet werden.

Beachtenswert ist allerdings in letzterer Richtung, dass das Einzelindividuum, namentlich wenn für dasselbe Vertreter handeln, oder wenn es in besonders fürsorglicher, speziell kaufmännischer Weise sein Vermögen verwaltet, tatsächlich seinem eigenen Vermögen ähnlich gegenübersteht wie die Destinatäre dem Vermögen einer Zweckeinheit. Der grundlegende Unterschied besteht jedoch auch hier darin, dass zwischen dem Einzelindividuum und seinem Vermögen, namentlich bezüglich der Ausnützung, keine interne rechtliche Regelung dieses Genussverhältnisses notwendig ist. Das Ergebnis dieser Erwägungen ist, dass tatsächlich für die moderne Rechtstechnik der Einheitsbegriff „Vermögen“ neben dem des Einzelindividuums beinahe koordiniert hervortritt. Es sind im modernen Rechte gewisse Vermögensmassen als völlig selbständig anerkannt, bei anderen, als selbständiges Ganze rechtlich geregelten Vermögen, haben einzelne oder mehrere Menschen in beschränktem Masse bestimmte Funktionen in gleicher Weise, wie sie ihnen je an ihren Privatvermögen zustehen, meist aber mit der Abwandlung, dass sie in notwendiger Einheitlichkeit ausgeübt werden müssen oder dass ihre Handhabung nach dem Vertretungsrecht geregelt ist.

Schon das AHGB. hat in dem Rechtserwerb unter der Firma eine einheitliche Zusammenfassung der dem Geschäftszwecke zubestimmten Rechte vorgesehen.

Das BGB. stellt in den §§ 718—720 mitten unter die Regelung rein obligatorischer Beziehungen den besonderen Rechtseinheitsbegriff „das Gesellschaftsvermögen“.

Die Aufgabe der folgenden Darstellung ist, einmal aufzuzeigen, inwieweit es sich nur um einen objektiven wirtschaftlichen Zweckinbegriff oder um eine wenigstens teilweise selbständige subjektive Rechtseinheit handelt.

In erster Linie ist zu schildern die eigentümliche Wirkung der Festsetzung eines Gesellschaftsvermögens auf die in denselben vereinigten Einzelrechte und deren rechtliche Schicksale während der Dauer des gemeinsamen Betriebes. Dann folgt die Darstellung der Unterscheidungs- und Zusammenfassungsmerkmale der einzelnen Bestandteile des Gesellschaftsvermögens eben als solche Bestandteile gegenüber denjenigen anderer Vermögen (die Statik des Gesellschaftsvermögens).

Weiterhin ergibt sich die Beschreibung der Beziehungen zwischen Gesellschaftsvermögen und anderen Vermögen im Rechtsverkehr und Rechtsstreit (die Dynamik), speziell die Verhältnisse zu den Privatvermögen, „das Anteilsrecht". Endlich soll auf Grund dieser Einzeldarstellung der Besonderheiten beim Gesellschaftsvermögen der Zusammenhang zwischen Inhalt und Wesen des Gesellschaftsvertrages und zwischen dem Entstehen und Bestehen des Gesellschaftsvermögens aufgezeigt werden.

Nach § 705 BGB. verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig obligatorisch zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages gemäss zusammenzuwirken, es wird also zunächst allseitiges persönliches Handeln in durch den Gesellschaftszweck gekennzeichneter Richtung von den verschiedenen Kontrahenten verlangt.

Dieses allseitige Handeln zur Erreichung des Gesellschaftszweckes bezieht sich inhaltlich zunächst wohl teilweise auf ideelle rein individuelle subjektive Tätigkeit — so bei Gesellschaften und Vereinen zu Unterhaltungszwecken, Zusammenwirken bei geistigen und künstlerischen Produktionen. — Es wird jedoch schon hier nebenbei eine gemeinsame Verwendung und Benützung von objektiven Sachgütern notwendig (z. B. Lesezimmer, Notenständer, Eintrittskarten, Verkauf derselben, Garderobe, Personal usw.). Dann aber erstreckt sich die gemeinsame Tätigkeit wohl bei der Mehrzahl aller Gesellschaften in erster Linie auf die Sachgüter selbst und ihre Verwertung für den Gesellschaftszweck, wenn nicht endlich geradezu die gemeinschaftliche Benützung und Verwertung von Sachgütern in bestimmter Art und Weise den ausschliesslichen Gesellschaftszweck darstellt.

Im römischen Recht waren besondere Rechtsfolgen aus diesem Zusammenhang einer Gesellschaft mit ihrem wirtschaftlichen Zweck und den für diesen Gesellschaftszweck und seine Erreichung in Frage kommenden Sachgütern (Rechtsgegenständen) nicht abgeleitet. Lediglich das Gemeinschaftsrecht bezüglich jedes einzelnen Gegenstandes mit völlig freier Disposition über jeden einzelnen Bruchteil war massgebend, damit war die Erreichung des Gesellschaftszweckes aber durchaus auf den mehr oder weniger vorhandenen guten Willen zur Vertragserfüllung bei jedem einzelnen Gesellschafter abgestellt. Jeder konnte, namentlich jederzeit der Gesellschaft direkt, wenn auch unter Verletzung seiner Vertragspflicht, seinen Anteil an den Gesellschaftsgegenständen entziehen und so die Erreichung des Zweckes immer wieder in Frage stellen.

Handelt es sich um einfache Verhältnisse (Ausführung irgendeines bestimmten wirtschaftlichen Geschäftes auf gemeinsame Rechnung — gemeinsamer Wareneinkauf, Spielen eines gemeinschaftlichen Loses), so genügen allerdings die subsidiär eintretenden Gemeinschaftssätze, schlimmstenfalls ist, falls ein Gesellschafter sich seiner Verpflichtung entzieht, der Gegenstand des gemeinschaftlichen Geschäftes zu versteigern, es genügt für den vertragstreuen Teil, wenn er einen Schadenersatzanspruch auf den Ausfall geltend machen kann.

Eine derartig einfache Lösung bzw. Auflösung des obligatorischen Vertrages unter eventueller Umwandlung der Ansprüche auf Erreichung des Gesellschaftszweckes in Schadenersatzansprüche wegen Nichterreichung sind überall da nicht möglich oder höchst unzweckmässig, wo gerade die Erreichung eines gewissen ideellen Zieles Gesellschaftszweck ist, dessen Nichterreichung sich für die Beteiligten nicht ohne weiteres einfach in eine Schadenersatzsumme umrechnen lässt. Hier muss dafür gesorgt sein, dass die betreffenden zur Zweckerreichung erforderlichen Sachgüter auch bei zeitweiser Nichterfüllung der obligatorischen Verpflichtungen einzelner Gesellschafter in einer gleichmässig fortdauernden Weise für den Gesellschaftszweck verwendet werden können. Ganz dasselbe Bedürfnis besteht bei nichtideellen Gesellschaftszwecken wirtschaftlicher Natur, zu deren Erreichung eine Reihe verschiedenartiger Geschäfte notwendig ist. Hierher gehören namentlich gemeinschaftlich betriebene Geschäftsunternehmungen (beispielsweise mehrere Bauhandwerker führen gemeinsame Bauten aus). Gerade in letzterem Falle wäre eine Klage nur auf Erfüllung der obligatorischen Gesellschafterverpflichtungen gleichbedeutend mit einer Lahmlegung des ganzen Betriebes, und eine vorzeitige Ausscheidung von Anteilen würde einen sehr erheblichen Gesamtverlust herbeiführen, ohne dass eine spezifizierte Schadenberechnung überall genau möglich wäre.

In solchen komplizierten Fällen ist es teilweise möglich, entweder die Geschäfte auf den Namen eines Gesellschafters zu führen (namentlich bei Immobiliargeschäften mit Baukrediten) und andererseits die Form der stillen Handelsgesellschaft zu benützen (sehr häufig hier eine verdeckte Gesellschafterstellung der stillen Beteiligten als Prokuristen oder Generalbevollmächtigte). Andererseits ist durch das Rechtsinstitut der rechtsfähigen Vereine und im Handelsrecht der nach herrschender Auffassung zweifellos selbständig rechtsfähigen Handelsgesellschaften eine ausserordentlich einfache Verselbständigung der

materiellen Gesellschaftsinteressen und der Summe der hierfür bestimmten Gesellschaftsgegenstände gegeben.

Sowie diese Rechtsfähigkeit vorhanden ist, ist damit an sich die Grundlage für eine rechtlich völlig selbständige Ausnützung und Verwaltung gegeben.

Dasselbe Bedürfnis besteht aber auch für die Gesellschaften und nichtrechtsfähigen Vereine, und in dieser Richtung ist hierfür im BGB. in den §§ 718 ff. eine Lösung versucht.

Einzeldarstellung.

Erster Abschnitt.

Das Sondervermögen und seine Bestandteile.

Die Statik des Sondervermögens.

§ 3.

Die einheitliche wirtschaftliche Ausnützung der Rechte für das Sondervermögen — Gebrauch und Verwertung —.

Die Bestandteile des Sondervermögens sollen dem Gesellschaftszwecke[1] nach Massgabe des Gesellschaftsvertrages einerseits durch natürliche bzw. bestimmungsgemässe Ausnützung ihres Gehaltes, andererseits durch Verwertung einheitlich dienstbar gemacht werden.

Dies hat seinen gesetzlichen Ausdruck in den §§ 718 719 720 Abs. 2 gefunden.

Nach diesen Paragraphen haben zunächst alle vermögenswerten Leistungen der Gesellschafter auf Grund des Gesellschaftsvertrages zur Erreichung des Gesellschaftszweckes — die Beiträge — ins Gesellschaftsvermögen überzugehen.

Weiterhin wird alles, was nach rechtlichen Grundsätzen aus dem Eingebrachten tatsächlich und mit gewissen Beschränkungen nach Rechtsgrundsätzen hervorgeht, für das Gesellschaftsvermögen gebunden.

Endlich wird das Resultat der gesamten Geschäftsführung für die Gesellschaft, namentlich soweit diese sich auf schon bestehendes Gesellschaftsvermögen bezieht, dem Gesellschaftsvermögen zugeführt.

[1] „Alleiniges Dispositionsrecht der Gesellschaft ist rechtliche Realisierung des Gesellschaftszweckes". RG. IX 144. Vgl. Staub zu § 124 Mot. IV 782. NürnbProt. 1133 f.; Prot. BGB. II 430 „materiell nur zu Gesellschaftszwecken". v. Hahn 345 bis 349. GenTh. III 341 Nr. 3.

Es wird kaum möglich sein, die verschiedenen, nach ihren mannigfaltigen Zwecken zu gliedernden Gesellschaftsarten etwa in solche zu scheiden, welche die Vermögensgegenstände nur ausnützen, und in solche, welche in der Verwertung des Gesellschaftsvermögens die wesentliche Aufgabe erblicken. Die beiden grundlegenden Vorgänge — innerhalb eines Vermögens Gebrauch und Verwertung von Rechtsgegenständen — vermischen sich unterschiedslos. Gerade deshalb, weil sich auch bei den einfachsten Gesellschaften, so denjenigen mit Unterhaltungs- und ideellen Zwecken, beide Vorgänge finden, wird fast in allen Fällen das Vorhandensein einer besonderen Vermögenssphäre als Konzentrationspunkt, unbestimmt wie vieler, unbestimmt welcher Rechtsvorgänge, die sich auf den Gesellschaftszweck beziehen, notwendig. Nur soweit sich etwa der Gesellschaftszweck in der Benützung ganz bestimmter sich gleichbleibender Gegenstände erschöpft, ist eine besondere Vermögenssphäre nicht notwendig, es genügen die Regeln von der Gemeinschaft[1]. Sowie auch nur nebenher der Abschluss anderer, dem Typus nach unbestimmter Rechtsgeschäfte zur Erreichung des Gesellschaftszweckes erforderlich wird — z. B. eine Gesellschaft zur Unterhaltung eines Gesellschaftsgartens, Verträge mit Gärtner, Anstellung eines Gesellschaftsdieners, Veräusserung gewisser Erträgnisse, Verpachtung an einen Gastwirt usw. —, führt die direkte Verteilung dieser verschiedenartigen Rechtsverhältnisse nach gewöhnlichen Gemeinschaftsprinzipien zu Unzuträglichkeiten und zu einer den tatsächlichen Verhältnissen widersprechenden künstlichen Rechtskonstruktion. Denn alle diese Geschäfte stehen mit den Gesellschaftern als Privatvermögensubjekten eben doch nur durch ihre Bestimmung für den Gesellschaftszweck in Beziehung.

In vermögensrechtlicher Hinsicht verlangen sonach fast alle Arten von Gesellschaften ein Gesellschaftsvermögen, für welches im wesentlichen überall durchaus gleichartig die Rechte einheitlich ausgeübt und verwertet werden.

Ein Unterschied lässt sich nur in der Richtung festlegen, dass bei den einen der Gesellschaftszweck Selbstzweck ist, für welchen die

[1] Vollends gilt dies, wenn sich die Gesellschaft nur auf den Abschluss ganz bestimmter einzelner Geschäfte bezieht, Kauf und Verkauf bestimmter Waren auf gemeinsames Risiko — Cont'à-Meta-Geschäft — namentlich wenn auch die Dauer nur eine ganz vorübergehende ist.

Ein Gesellschaftsvermögen ist ausserdem dann nicht vorhanden, wenn die gesetzliche Konstruktion wie bei der stillen Gesellschaft Eigentum des einen Teiles verlangt.

Rechte im Gesellschaftsvermögen dauernd und mehr oder weniger selbständig und ausschliesslich auch in ihrem schliesslichen allgemeinen Wertgehalt Verwendung finden, während bei den anderen der Gesellschaftszweck eben darin besteht, dass durch ihn der Ertrag des Gesellschaftsvermögens, sei es in Natur, sei es in Geldwert, nach bestimmten Regeln den Gesellschaftern zugute kommt. Im ersteren Falle besteht auch nicht einmal ein indirektes Vermögensinteresse der Gesellschafter an der Verwendung des Gesellschaftsvermögens, während letzterenfalls privates Vermögensinteresse der einzelnen an der Verwaltung und Ausnützung des Gesellschaftsvermögens vorliegt. Hier ist in gemeinschaftlichem Privatvermögensinteresse aus nationalökonomischen oder spezifisch rechtstechnischen Gründen auch eine besondere Vermögenssphäre geschaffen, an welcher aber gemeinschaftlich für alle Gesellschafter materiell das gleichartige Interesse im wesentlichen an möglichst sachgemässer Ausnützung und tunlichster Erweiterung besteht wie für jeden einzelnen an seinem Privatvermögen. Durch die Ausbildung einer selbständigen Vermögenssphäre ist allerdings neben dieser Parallelität der Interessen auch die Möglichkeit eines Zusammenstosses der Interessen aller, also des Gesellschaftsvermögens, mit den Interessen eines einzelnen gegeben. Die Gegenstände des Gesellschaftsvermögens sollen grundsätzlich und ausschliesslich nur für die Gesellschaftsvermögenssphäre Wirkungen erzeugen, den einzelnen Gesellschaftern als Teilinteressenten ist die direkte vermögensrechtliche Einwirkung auf die Gegenstände entzogen. Dies ist das grundlegende Prinzip in den §§ 718 719 BGB.

Die Naturalausnützung dinglicher Rechte zunächst geht völlig innerhalb der Sondervermögenssphäre vor sich. Dies ist eine eigenartige Konsequenz des Sondervermögensbegriffes gegenüber dem vom Inbegriff und Zubehör, bei welchen, abgesehen von der Substanzergänzung[1], wenn auch die Ausnützung selbst gesondert vom übrigen Privatvermögen betrieben[2] werden mag, doch das Resultat der Ausnützung direkt in das Privatvermögen[3] fliesst, und bei welchem, selbst dann, wenn der Grund der selbständigen rechtlichen Behandlung in der Natur als Gegenstand eines beschränkten Haftungsanspruches

[1] Vgl. § 586 II 2 BGB.

[2] Vgl. Handelsgewerbe des Einzelkaufmanns § 344 HGB., namentlich selbständige Erwerbsgeschäfte der Ehefrau im Ehegüterrecht.

[3] Bei Grundstücken, Landgütern vgl. Pacht-, Niessbrauchrechte an Inbegriffen § 1043 BGB.

liegt[1], der Ertrag des Gegenstandes selbst noch im Zwangsvollstreckungsstadium[2], abgesehen von dem Falle der Zwangsverwaltung, dem Privatvermögen gehört.

Speziell können auch beschränkte dingliche[3] Rechte für und gegen das Sondervermögen, gegen und für ein Privatvermögen völlig einheitlich ausgeübt werden.

In analoger Weise einheitlich geht die wirtschaftliche Ausnützung nicht dinglicher Rechte vor sich, so bei Erzwingung der Erfüllungsleistungen auf Grund von Forderungsrechten[4] — § 718 Abs. 2 —. Es zeigt sich dieselbe Einheitlichkeit, wie sie in § 432 BGB. vorgeschrieben ist, ohne dass es sich um gleichartige Verhältnisse handeln würde. Auf Unteilbarkeit kommt es hier nicht an, denn die in der Unteilbarkeit liegende Einheit ist bei diesen Forderungen eben gerade durch ihre Zugehörigkeit zu der Sondervermögenseinheit gegeben, danach[5] sind teilbare wie unteilbare Forderungen einheitlich auszuüben und zu verwerten.

Speziell an Rechten und Gegenständen, welche der Gesellschaft „quoad usum“ überlassen werden, steht der Gesellschaft ein durch den konkreten obligatorischen Vertrag bzw. durch die diesbezüglichen Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag einheitlich geregeltes Benützungs- und Gebrauchsrecht zu, ganz genau wie zwischen individuellen Rechtsträgern derartige Vereinbarungen über Rechtsgegenstände getroffen werden können. Es sind die gewöhnlichen Regeln des Obligationsrechtes oder, soweit beschränkte dingliche Gebrauchsrechte bestellt werden, die des Sachenrechtes anzuwenden. Speziell hier handelt es sich im Gegensatz zu dem Sondervermögen im Ehegüterrecht nicht um ein besonders ausgebildetes allgemeines Nutzungs- und Verwaltungsrecht. Vielmehr gehören zum Sondervermögen hier die obligatorischen und dinglichen Einzelgebrauchsrechte als solche unter Beachtung des § 720 BGB. Zugegeben werden mag, dass nach dem

[1] Vgl. Grundschulden, Hypotheken an Grundstücken samt Zubehörrechten.

[2] Vgl. ZwVG. § 21 Abs. 2 und 3.

[3] Derartige iura in re aliena waren auch schon bei Gemeinschaftsgrundstücken anerkannt und ergeben sich heute schon aus der Lehre von den Rechten an eigener Sache und der objektiven Rechtsverwirklichung.

[4] Obligationen, Rechtsverhältnisse, zugleich Vermögensbestandteile. Vgl. noch Häusler, Inst. I 226. Bekker, ZfHR. IV 503. RG. IX Nr. 32. SA. 38 Nr. 2. ROHG. V Nr. 16; XXIV Nr. 47 gegen XXV Nr. 68; XV Nr. 46.

[5] Anders bei Niessbrauch, Pfandrechte an Forderungen und Rechten, Teilung des materiellen Gehaltes wie der Dispositionsbefugnisse.

Wortlaut des § 718 Abs. 1 die Anwendbarkeit dieses Paragraphen zweifelhaft sein könnte. Doch wird man die Eingehung solcher Verbindlichkeiten der Gesellschafter unter dem Begriff Beitrag einbeziehen können. Von grosser Bedeutung ist die Entscheidung dieses Punktes abgesehen von der Regelung der Sorgfaltspflicht gegenüber dem überlassenden Gesellschafter mit Rücksicht auf § 708 BGB. für die Frage, ob diese Rechte als Teile des Sondervermögens der Vollstreckung in das Sondervermögen unterliegen. Von Bedeutung ist hierbei allerdings auch § 399 BGB. Häufig dürfte gerade hier die Leistung an einen anderen Gläubiger als eben an das Gesellschaftsvermögen nicht ohne Veränderung des Inhaltes der Obligation möglich sein, es werden sonach derartige Ansprüche dem Sinne des Gesellschaftsvertrages nach häufig unübertragbar sein.

An allen vorgenannten Rechten verbleibt der gesamte konkrete Rechtsgehalt[1] dem Sondervermögen[2], bei unbeschränktem Eigentum fällt auch nicht ein Atom des materiellen Inhaltes von Rechts wegen in ein Privatvermögen. Dies ergibt sich als Konsequenz der §§ 706 718 Abs. 2 „auf Grund eines Rechtes". Dieser Ausdruck bezieht sich zunächst dem Wortlaute nach sowohl auf den rechtsgeschäftlichen wie auf den nichtrechtsgeschäftlichen Rechtserwerb. § 718 Abs. 2 stellt hierbei ebenso wie § 719 nach der Absicht des Gesetzgebers im Gegensatz zu den beim ersten Entwurf herrschenden Anschauungen keineswegs nur eine obligatorische Verpflichtung auf, sondern jedenfalls für nichtrechtsgeschäftliche Vorgänge einen dem Gesellschaftsvermögensrecht besonderen Grund für den Rechtserwerb. Zweifelhaft kann nur sein, ob beim rechtsgeschäftlichen Erwerb nur eine Vermutung begründet wird. In letzterer Beziehung ist allerdings zu beachten, dass für gewisse Fälle es von dem bei Ausführung des rechtsförmlichen Aktes benützten Namen abhängt, in welches Vermögen durch diesen Rechtsakt erworben wird, weiterhin muss § 164 BGB. hier, wenigstens soweit es für den Gegenkontrahenten von Erheblichkeit ist, insoweit beachtet worden sein, als nach aussen hervorgetreten sein muss, dass der Erwerb für das Gesellschaftsvermögen erfolgt. Bei Forderungen namentlich wird auch noch § 720 zu beachten sein, wenn dieser Paragraph auch nur den § 718 Abs. 1 zitiert. Es ist hierbei allerdings von Bedeutung, dass Rechte und Gegenstände, welche gemäss § 718

[1] Das heisst wie er sich aus dem Rechtstypus und dem Gegenstand im einzelnen ergibt.

[2] Namentlich auch zum Nachteil der Privatvermögensgläubiger.

Abs. 2 erworben werden, eben stets auf ein gemäss § 718 Abs. 1 zum Sondervermögen gekommenes Recht zurückzuführen sind, dass also im wesentlichen schon bei letzterem Recht das Erfordernis des § 720 BGB. zugunsten des Schuldners erfüllt sein muss. Der Unterschied zwischen § 718 Abs. 1 — Geschäftsführung für die Gesellschaft — und § 718 Abs. 2 — auf Grund eines Rechtes — liegt darin, dass im ersten Falle die subjektive Zweckbestimmung des Erwerbes beim Rechtsgeschäft positiv im Sinne der §§ 164 709 ff. erkennbar sein muss, während bei rechtsgeschäftlichem Erwerb nach § 718 Abs. 2 die bisherige erkennbare Zugehörigkeit des Rechtes selbst die Zugehörigkeit des auf Grund dieses Rechtes erworbenen Rechtes herbeiführt. Unter den bereits angegebenen Einschränkungen bei Formalrechtserwerb und im Hinblick auf § 164 BGB. wird die Frage zu bejahen sein. § 164 wird jedenfalls dann nicht in Frage kommen, wenn es sich um Rechtsgeschäfte gegenüber von Privatvermögen der Gesellschafter handelt. Diesen gegenüber ergeben die Umstände stets, dass bezüglich von Rechten und Gegenständen des Gesellschaftsvermögens mit Rechtswirkung für dieses Gesellschaftsvermögen gehandelt werden soll[1].

Dabei werden die Rechte nach ihrem ursprünglichen, typischen Charakter inhaltlich für das Sondervermögen[2] ausgenützt — als Eigentum an einem konkreten Gegenstand, als konkrete Forderung usw. — Ganz allgemein besteht hier, im Gegensatz zu den Sondergütern im Eherecht und dem Niessbrauch an einem Vermögen, kein allgemeines Ausnützungs-, Niessbrauchsrecht an der Gesamtheit des Sondervermögens als solchem. Danach tragen zur Erhöhung des Gesamtvermögenswertes materiell die einzelnen Bestandteile des Sondervermögens direkt bei, an den einzelnen Gegenständen und ihrem Gehalt steht dem Privatvermögen keine dingliche Berechtigung zu. Dies wird in § 719 bestimmt. Ausdrücklich sei schon hier bemerkt, dass zwar § 706 von gemeinschaftlichem Eigentum, § 718 nur von gemeinschaftlichem Vermögen, § 719 zwar vom Anteil an den einzelnen Gegenständen, nirgends aber von einem dinglichen Teilrecht oder gar von

[1] NJ. IV 718.

[2] NJ I 709. — Es zeigt sich hier dieselbe rechtstechnische Behandlung wie bei der Dos., welche unter Zweckgebundenheit für die Ehe formell ins Vermögen des Mannes überging. Im Gegensatz dazu stehen die deutschen ausgedehnten Nutzungs- und Verwaltungsrechte, so beim gesetzlichen Güterstand. Konsequenz bei der Dos. wie bei uns. Nicht Wiederaufleben des bisher beschränkten Eigentumes, sondern Restitutio dotis — sei es naturalis oder ästimatoria — also rechtsgeschäftliche Rückübertragung.

Miteigentum spricht. Allerdings spricht auch § 741 nur vom Anteil, aber gleichzeitig von der Gemeinschaft nach Bruchteilen. Einheitlich für das Sondervermögen, wie ein Recht eines individuellen Subjektes, für dessen Vermögen werden die Bestandteile ausgeübt, es besteht für alle Bestandteile ein gleichartiger Gegensatz zum Gemeinschaftsrecht, bei welchem der Nutzungsinhalt nach den ideellen Teilen in Natur, und bei mangelnder Teilbarkeit in Natur auf Grund des dinglichen Teilrechtes der entsprechende Wertteil den einzelnen Berechtigten zusteht.

In Konsequenz dieser Bestimmungen steht speziell den Privatvermögen[1] keinerlei direkter Anspruch auf Verschlechterungsersatz, auf Rechtszuwachs, auf Surrogationen etwa bezüglich der von den einzelnen eingebrachten Sachen zu. Die Privatvermögen haben andererseits auch direkt keine Lasten für das Sondervermögen zu tragen. Vor allem wacht bei Beendigung der Gesellschaft auch nicht das Eigentum an den eingebrachten Gegenständen für die betreffenden Privatvermögen wieder auf[2]. Das Eigentum[3], nicht bloss ein umfassendes kollektives Dispositionsrecht, ist im Sondervermögen enthalten. Namentlich trifft Nutzen und Schaden aus den primären Rechten nur das Sondervermögen und dessen Gesamtwert. In das Sondervermögen, nicht in die Privatvermögen, fallen alle Früchte der Sachen und der Rechte des Sondervermögens. Da diese Rechtsgegenstände infolge des Gesellschaftsverhältnisses weder durch ein dingliches noch obligatorisches Rechtsverhältnis mit den Privatvermögen in Beziehung stehen, so kann zugunsten der Privatvermögen auch nicht von Früchten i. S. d. § 99 Abs. 3 gesprochen werden.

Infolge des Ausschlusses anteiliger Verfügung durch § 719 BGB. muss auch die verkehrswirtschaftliche rechtsgeschäftliche Ausnützung — die Verwertung — der im Sondervermögen vereinigten Gegenstände einheitlich für Sondervermögen vor sich gehen, einmal in den oben bezeichneten Grenzen nach § 718 Abs. 2, namentlich aber gemäss § 718 Abs. 1 — Geschäftsführung für die Gesellschaft —.

[1] So Lastig 340, die aus den einzelnen Privatvermögen abgeschiedenen Dispositionsbefugnisse schon S. 344 ff. Dagegen auf Grund von § 706 BGB. mit Recht Knoke 29 zu Nr. 6. Gerade so unsicher ist der von Lastig aus der handelsgerichtlichen Literatur zitierte Ausdruck „Übergang der Substanz nach“ vgl. GenTh. 496.

[2] § 733 BGB.

[3] Dagegen v. Crăwel in Gruchot XX 242. NürnbProt. 176 1133. — Vgl. das Prinzip der kollektiven formellen Einheit. GenTh. 341 Nr. 3. Dernburg, PrPrR. I § 222 Nr. 8. Dazu Laband XXX 491 über GenR. II 938.

Über einen Gegenstand des Gesellschaftsvermögens kann mit Rechtswirkung nach aussen gemäss § 719 nur durch alle oder in Vertretung aller Gesellschafter verfügt werden. Im wesentlichen wird sich dies mit der nach aussen in Erscheinung tretenden Geschäftsführung für die Gesellschaft i. S. d. § 718 Abs. 1 BGB. decken. Nur wenn alle Gesellschafter gemeinschaftlich bewusst nicht für das Gesellschaftsvermögen handeln und mit Rücksicht auf die selbständigen, vorgehenden Regeln der formellen Erwerbsgeschäfte und auf § 164 ff. BGB., § 719 Abs. 2 BGB. nicht zutrifft, kann über Gegenstände des Gesellschaftsvermögens in einem dem Gesellschaftszweck entgegenstehenden Sinn und unter Durchbrechung der für den Gesellschaftszweck bestehenden Gebundenheit der Gesellschaftsgegenstände verfügt werden. Andernfalls wird die Zugehörigkeit des Rechtes an dem Gesellschaftsvermögensgegenstand zum Gesellschaftsvermögen bei einer Verfügung, welche nicht in Geschäftsführung für die Gesellschaft erfolgt, nicht unterbrochen, vielmehr abgesehen von den Wirkungen gutgläubigen Erwerbes für Dritte die Zugehörigkeitsklage[1] für das Gesellschaftsvermögen begründet. Die Regeln über gutgläubigen Erwerb werden für die Privatvermögen höchstens in Ausnahmefällen zutreffen.

Muss demnach eine Verfügung im wesentlichen in Geschäftsführung für die Gesellschaft[2] vorgenommen werden, so wird bei dem betreffenden Verfügungsrechtsgeschäft, soweit es ein entgeltliches ist, zugleich ein Recht auf eine Gegenleistung erworben, und zwar auch wieder in Geschäftsführung für die Gesellschaft. Denn schon nach § 164 BGB. muss hier aus den Umständen — der einen Seite des Synallagmas — hervorgehen, dass im Namen der Gesellschaft auch bezüglich der anderen Seite des Synallagmas gehandelt werden soll. Das Recht auf die Gegenleistung ist sonach gemäss § 718 Abs. 1 BGB. für das Gesellschaftssondervermögen erworben. Zu beachten ist allerdings — vgl. § 54 106 f. RG. —, dass, wie schon oben erwähnt, die Surrogationsregel[3] des § 718 Abs. 1 ebensowenig als diejenige des

---

[1] Dies im Gegensatz zu der Anfechtungsklage. Es ist zunächst die neue Form der alten Rei. Vindicatio § 985 ff BGB. nebst den analogen Anwendungen und dann die Feststellungsklage gegen den anmasslich neuen Gläubiger.

[2] In § 718 BGB. gehört für die Gesellschaft zu „Geschäftsführung“ und nicht zu erworbenen.

[3] § 718 steht als Konsequenz des Surrogationsprinzips in Verbindung mit § 1370 1524 1638 2111 2019 BGB. Dort muss erwiesen werden entweder „Rechts-

§ 718 Abs. 2 die für gewisse Rechtstypen aufgestellten allgemeinen Regeln über formellen Rechtserwerb, sowohl bei ursprünglichem wie abgeleitetem Erwerb, durchbricht. Sowohl nach § 718 Abs. 1 wie nach § 718 Abs. 2 kommt sonach unter Umständen nur der Anspruch auf Ausführung des abstrakten Übertragungsgeschäftes ins Gesellschaftssondervermögen.

Auf Grund des Rechtes aus dem Kausalgeschäft kann dann auf Übertragung ins Sondervermögen geklagt werden. Ist trotz des Kausalgeschäftes die Übertragung in eine andere Vermögenssphäre erfolgt so werden die Ersatzansprüche wegen Unmöglichkeit der Erfüllung „auf Grund des zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechtes aus dem Kausalgeschäft“ ipso jure Bestandteile des Sondervermögens. Keinesfalls entsteht aber ein Berichtigungsanspruch wie bei falscher Individualisierung, bei Individualisierungsänderung oder bei Rechtsübergang. Das Recht aus dem Kausalgeschäft kann demgemäss auch von Dritten, Gläubigern der Gesellschaft, gepfändet und durchgeführt werden. Gegenüber dieser Wirkung des Surrogationsprinzips aus § 718 Abs. 1 auf alle entgeltlichen Verfügungen bei erkennbarer Geschäftsführung ist es nur möglich in Geschäftsführung für die Gesellschaft erkennbar durch Vertrag zugunsten Dritter das Recht auf die Gegenleistung etwa einem Privatvermögen zuzuführen. Hiergegen entstehen dann gegebenenfalls die Anfechtungsrechte der Gesellschaftsgläubiger ausserhalb und innerhalb des Konkurses.

Völlig frei steht daneben in Geschäftsführung für die Gesellschaft die rechtsgeschäftliche unentgeltliche Verfügung namentlich auch zugunsten von Privatvermögen, wie dies auch bei Schätzungen und Inventaraufnahmen vorkommen kann. Beachtet muss allerdings auch hier werden der § 181 BGB. Wird aber dieser Paragraph beachtet, so ist bei ordnungsmässiger Geschäftsführung für die Gesellschaft jede Art von Schiebung zugunsten von Privatvermögen mit absoluter Wirkung möglich.

---

geschäft, das sich auf das betreffende Sondervermögen — Nachlass — bezieht“, vgl. § 344 HGB., oder „Rechtsgeschäft mit Mitteln des Nachlasses“. Da bei uns aber im Gegensatz zu den sonstigen Fällen die Verwaltung schon sich erkennbar für Sondervermögensgegenstände scheidet von der der Privatvermögen, so kann diese selbst als subjektives Merkmal benutzt werden und nicht erst das Verwaltungsresultat, „das Rechtsgeschäft über einen Sondervermögensgegenstand“.

§ 4.

Die Regelung der einheitlichen Verwaltung der Sondervermögensrechte durch die Gesellschafter.

Die Notwendigkeit einheitlicher[1] Ausnützung, Verwaltung und Verwertung sämtlicher Sondervermögensgegenstände hat zur zwingenden Folge den Ausschluss jeder gesonderten Verwertung und Verwaltung von Anteilen an solchen und somit die Ausbildung einer notwendig einheitlichen nur für das Gesellschaftsvermögen mit absoluter Wirkung Rechte und Lasten erzeugenden Geschäftsführung. Hierbei ist zu scheiden:

a) Die Ausschöpfung des materiellen Gehaltes der Sondervermögensrechte durch mehr tatsächliche Handlungen, durch welche der objektive Inhalt der Rechte an den Gegenständen ausgenützt bzw. verbraucht wird. Hierbei sind Bestimmungen in der Richtung notwendig, dass das Resultat der Ausschöpfung nur dem Sondervermögen zugute kommt und nicht dem Privatvermögen, obwohl dieselben Personen nebeneinander dieselbe Tätigkeit an den Sondervermögensrechten für das Sondervermögen, wie an den Rechten ihres Privatvermögens für dieses ausüben. Hierher sind vor allem die Bestimmungen des § 718 Abs. 2 von Bedeutung, soweit hierdurch nicht mit absoluter Wirkung die Gebundenheit für das Sondervermögen bewirkt wird, entstehen obligatorische Ansprüche aus Geschäftsführung nach den Regeln über den Auftrag zugunsten des Gesellschaftsvermögens gegen die Privatvermögen. Ausserdem wirkt der strafrechtliche Schutz der §§ 246 (eventuell sogar 242 für nicht besitzberechtigte Gesellschafter) 266 StrGB.

b) Die Verwaltung der Rechte des Sondervermögens gegenüber anderen Vermögen, und zwar gleicherweise gegenüber Privat- wie Drittvermögen durch Begründung von Rechtsbeziehungen, kontraktlichen und ausserkontraktlichen Verhältnissen — namentlich Veräusserung und Erwerb — und durch Geltendmachung der Ansprüche des Gesellschaftsvermögens gegenüber den anderen Vermögen. Hierbei muss in formell geordneter Weise nach aussen die Tätigkeit der geschäftsführenden Gesellschafter für das Gesellschaftsvermögen von ihrer Tätigkeit für ihre Privatvermögen getrennt erscheinen.

[1] RG. LVI 209.

Beim individuellen Subjekt ist im Regelfall ebenso wie die tatsächliche Ausnützung auch die Ausübung der Verwaltung nach aussen eine direkt dingliche[1], beides fällt zusammen. Abweichend schon hier gestaltet es sich, wenn gesetzliche Stellvertretung geboten ist oder vertragsmässig eine Vertretung eintritt. Bei der Ausnützung der Rechtsgegenstände fällt deren Ergebnis direkt nach wie vor in das Vermögen des Vertretenen und zwar mit dinglicher Wirkung. Bei der Verwaltung nach aussen dagegen schiebt sich ein Rechtsverhältnis — öffentlich rechtliches Amt oder Vertragsverhältnis — dazwischen; sein Vorhandensein übt bei Bestehen von Vertretungsmacht, Vollmacht, nach § 164 ff. BGB. absolute Wirkungen[2] nach aussen.

Inhalt dieses Rechtsverhältnisses ist stets, dass der Vertretene eines Handelns des Vertreters[3] bedarf. Es ist insoweit obligatorischer Natur, als es eine Erfüllung noch voraussetzt im Gegensatz zu der dinglichen Wirkung bei der Ausnützung. Infolge der Vollmachtswirkungen, mit welchen dieses Verhältnis ausgestattet ist, ist es aber gleichzeitig ein auf die Rechtseinrichtung bezügliches Rechtsverhältnis, welches bestimmte Eigenschaften des Rechtsmittelpunktes mit absoluter Wirkung schafft.

Bei der Gemeinschaft wie bei der Gesellschaft sind nun zur subjektiven Verwaltungsübung mehrere berufen.

Bei der Gemeinschaft ist wie der Ertrag — § 743 BGB. — auch der direkte Gebrauch und die Verwaltung namentlich die Veräusserung in der dinglichen Zuständigkeit geteilt, soweit nicht aus der natürlichen oder wirtschaftspraktischen Unteilbarkeit — § 432 BGB. — sich für beide Fälle eine gewisse einheitliche Ausübung vernotwendigt. Jedenfalls bleiben hier auch im fortgeschrittensten Fall — § 745 1010 BGB. direkte dingliche Anteilsrechte am Ertrag allerdings schon in kapitalistischer Form und letztlich jedenfalls am Wert des Gemeinschaftsgegenstandes[4]. Vor allem aber gilt das eine, wenn die einheitliche Verwaltung wegfällt, so leben die dinglichen Verwaltungsteilrechte

---

[1] Wie dies fiktiverweise auch für die Rechtswirkungen der Verwaltungshandlungen der Vertreter in § 164 BGB. festgesetzt ist.

[2] Vgl. § 709—713 zu § 714 f. BGB. und § 114 ff. zu § 125 ff. HGB.

[3] Und zwar dürfte dies meist rein persönliches, nur als Willenserklärung durch Urteil, sonst nicht ersetzbares Handeln sein. Vgl. § 887 ff. ZPO. Dagegen als Abhilfe z. B. § 29 BGB. Vgl. zu Art. 133 134 AHGB. RG. XII 33 f.

[4] Dies entspricht dem französischen Satz: Le partage est déclaratif et non translatif de propriété. § 1872 § 883 CC.

ohne weiteres wieder auf[1]. Ausnützung und Verwaltung wenigstens am ideellen Teilrecht § 747 BGB. — wird hier analog dinglich direkt ausgeübt, wie seitens eines individuellen Subjektes — an einem Vollrecht namentlich hinsichtlich der Verwertbarkeit durch Veräusserung. Die objektive Einheit des Rechtsgegenstandes erfordert nur für gewisse Fälle eine summierte[2] Verwaltungsausübung durch die mehreren Beteiligten — § 432 745 BGB.

Gerade[3] das Entgegengesetzte trifft für die Gesellschaft infolge der subjektiven Zweckinteresseneinheit der mehreren Beteiligten, trotz der teils schon natürlichen, teils jedenfalls wertmässigen Teilbarkeit der einzelnen Bestandteile[4] zu. Im Gegensatz zu der ganz bezeichnenden, objektiv notwendigen, im Wesen der Rechtsgegenstände liegenden Einheitlichkeit der §§ 745 1010 432 BGB. wird hier eine notwendige einheitliche Ausnützung und Verwaltung von aussen her an die Bestandteilsrechte herangetragen aus der Einheitlichkeit der für den bestimmten Zweck[5] vereinigten Vermögenssphäre. Bei der juristischen Person ist dann die Interesseneinheit nicht bloss zur Zweckvermögenseinheit[6] i. S. d. §§ 718 719 BGB., sondern zur ausgebildeten einheitlichen Organisation einer Personenvereinigung durchgeführt.

Das Vorhandensein eines notwendigen Zwischenrechtsverhältnisses für die Verwaltung im Gegensatz zu den willkürlichen Verwaltungsbestimmungen des § 745 bei der Gemeinschaft scheidet die Gesell-

---

[1] Ebenso Fehlen des Eintragsvermerkes in § 1010 BGB.

[2] Nicht z. B. in § 1011, also keine notwendige Streitgenossenschaft. Wie weit Einzeltätigkeit möglich. Vgl. noch § 744 Abs. 2, § 747 ff. und § 429—431 BGB. RG. XI 23.

[3] Vgl. zu folgendem: Häusler, Inst. I 226 236. GenTh. 466 ff. Nr. 1 2 597 ff. Römer 67. Renaud 368. Hölder, Komm. 169 SA. 11 (287). ROHG. VIII 95. RG. VI Nr. 3; VII Nr. 38; IX Nr. 32. v. Hahn I 338—345. Mathias I 550.

[4] Auch bei teilbaren Forderungen kein Teilverzicht eines Gesellschafters möglich. RG. XXXI Nr. 16.

[5] Bekker, Zweckvermögen 555 ff. Sondergut braucht: a) „Einen Herrn". b) „Einen Verwalter".

[6] Hier der Hauptgegensatz gegen Gierke, der in VoR. selbst „den selbständigen Bestand als Zweckvermögen anerkennt, sonst aber stets die Einheitserscheinungen aus einer Personenvereinigung (von der er aber tatsächlich nur stets das Band benützt) ableitet: „Gesellschaftliche Umprägung in individualistische Rechte". GenTh. 456. Richtig Pernice, CvVSchr. XXII 262 266. „Objektiver und gleichartiger subjektiver Beziehungen in einem Vermögen". Eine Reihe Subjektsfunktionen stehen hier schon dem Vermögen zu, doch sind es noch keine subjektlosen Rechte. Letzteres vielleicht bei der Firma § 124 HGB. nicht für die bürgerliche Gesellschaft.

schaft und juristische Person gleichmässig vom individuellen Subjekt und der Mehrheit solcher an einem Recht, der Gemeinschaft.

Bei der Gesellschaft begnügt sich das Recht mit der durch die Vermögenseinheit vernotwendigten, einheitlichen, nicht bloss in einzelnen Punkten summierten, in bezug auf das Vermögen gleichmässig geordneten Ausnützung und Verwaltung durch die Gesellschafter nach den Regeln über die Geschäftsführung. Das Zwischenverhältnis ist ein obligatorisches Geschäftsführungsverhältnis, nach aussen mit und zwar im Handelsrecht bestimmt festgelegten Vollmachtswirkungen versehen. Immer ist es ein aus dem Gesellschaftsvertrag abfliessender gegenseitiger Anspruch der Gesellschafter (auf Mitverwaltung[1] zwecks des nach aussen absolut notwendigen Zusammenwirkens aller), welchem ein Anspruch eines jeden Gesellschafters auf Teilnahme an der Verwaltung entspricht.

Bei der juristischen Person ist dagegen eine Personenvereinigung mit Rechtsverhältnissen eigener sozialrechtlicher Natur[2] geschaffen, vor allem ist die Fiktion der subjektiven Einheit vorhanden, während bei der Gesellschaft das Vorhandensein mehrerer als Tatsache soweit irgend möglich rechtlich selbständig wirksam bleibt[3].

Darstellung als subjektive Einheit.

Individualisierung.

§ 5.

Die einheitliche Zugehörigkeit der einzelnen Rechtsgegenstände zum Sondervermögen — § 718 BGB. — muss durch Individualisierung[4] nach aussen kenntlich gemacht werden. Das Gesetz enthält hierüber nur die Bestimmung des § 720 BGB.

---

[1] Staub, Exkurs zu § 342 Anm. 32. — Herrschaftsrechte — Mitverwaltungsrechte. Goldschmid, System (4 A) 134.

[2] Zum Beispiel das Mitgliedschaftsverhältnis. Es soll vermieden werden, dass, wie häufig dies analog bei der Gesellschaft verwendet wird. Demgegenüber werden wir Gesellschafterstellung und Anteil anwenden. Vgl. Ihering-Geist § 61 Nr. 467. Renaud 108.

[3] RG. V 16; VIII 30; XI 23; XXIV 47. „Gesellschafter". Subjekte und zwar „als so und so verbundene". Verschiedene Qualitäten der Personen usw. Vgl. Cosack „Klammer", Gierkes „Band".

[4] Ehrenberg (BH.) 399. Bekker GZ. IV 533 „in öffentlich erkennbarer Form für den Zweck erworben". ZfD. XII 86 ff. Wichtig für dritte Gläubiger.

Es sind sonach zunächst Sätze aus der allgemeinen Vermögenslehre heranzuziehen.

Beim persönlichen und analog beim fiktiven Subjekt dient zur Individualisierung in erster Linie die Verwendung des Namens. Es ergeben sich hieraus Rechte auf ausschliesslichen Gebrauch des Namens, speziell auf Berichtigung bei irrtümlicher Anwendung namentlich in öffentlichen Büchern von privatrechtlicher Bedeutung oder bei schädigendem Missbrauch unberechtigter Anderer. Weiterhin wird der tatsächliche Zusammenhang mit der Vermögenssphäre des Individuums durch Machtausübung für dieselbe an einem Gegenstand, Besitz und ähnliche Erscheinungen, verwendet[1] wieder mit den entsprechenden Regeln über Besitzschutz, endlich da das Wesentliche eben die nach aussen vorhandene Erkennbarkeit ist, die tatsächliche Kenntnis Dritter — § 720 407 409 BGB. Vielfach handelt es sich bei den Individualisierungsmitteln[2] um ganz genau geregelte Rechtsformen, Grundbuch usw.

Die auf solche Weise erfolgende Individualisierung begründet im allgemeinen nur eine Rechtsvermutung der Zugehörigkeit; in einigen Fällen infolge der Wirkung der Grundsätze über guten Glauben zugunsten Dritter entsteht auf Grund dieser Individualisierung für Dritte, welche sich auf diese verlassen, durch Übertragung Zugehörigkeit. Dagegen wirkt die Vermutung allerdings nie direkt für die betreffende Vermögenssphäre selbst.

Zur Handhabung der individualisierten Rechte, namentlich bei der Verwaltung, genügt in all den Fällen, in welchen die Handhabung nicht durch das „eine“ individualisierende handlungsfähige persönliche Subjekt selbst erfolgt[3], nicht die Individualisierung. Es bedarf weiterhin einer sich auf die Individualisierung beziehenden, sei es auf Anforderung im einzelnen Fall oder auf Grund allgemeiner Vorschrift für bestimmte Vorgänge in Verkehr und Rechtsstreit darzutuenden Legitimation der im konkreten Fall für das konkrete Recht handelnden Einzelperson. Auch hier gibt es rechtsförmliche Mittel, welche Ver-

[1] Persönliche und unpersönliche Individualisierungsmittel, Laband XXXI 3. Ausserdem gibt es dann noch rein objektive zwecks Kennzeichnung der Zugehörigkeit zu einem Inbegriff.

[2] Nicht bei allen Rechten geschieht die Individualisierung rechtsförmlich. — Vgl. Ehrenberg (BH.) 418 420. GenTh. 582 Nr. 1.

[3] Schwierigkeiten speziell fürs Gebiet der Gesamthandlungen Prot. II 341: Vgl. „Significanter Name“. GBl. 98 b.

mutung der Legitimation begründen, ja in gewissen Fällen ist der Umfang der Legitimation bei Gebrauch bestimmter Formen uneinschränkbar gesetzlich festgelegt. Für alle rechtsgeschäftlichen Handlungen gelten in Ermanglung besonderer Bestimmungen die §§ 164 ff. BGB.

Für die Gesellschaftssondervermögen weicht in beiden Punkten — Individualisierung und Legitimation — das Handelsrecht mit seinen ausgebildeteren Rechtsformen und Vermutungen erheblich vom bürgerlichen Recht ab. Im wesentlichen geht das letztere von rein subjektiven Merkmalen aus, welche es den Personen[1] der Gesellschafter entnimmt, während das Handelsrecht das Vermögen als Zweckeinheit objektiv zusammenfasst und hierauf die Rechtsform „Firma[2] als registermässiges Zweckzeichen[3]“ anwendet. Subjektives Merkmal bei der bürgerlichen Gesellschaft sind die Namen sämtlicher Gesellschafter in notwendig einheitlicher Verwendung[4], leider nicht ein an sich einheitliches Merkmal, „ein Name“[5] für den der rechtlichen Behandlung durchweg zugrunde liegenden Gedanken einer Einheit, letzteres ist auch nicht beim nichtrechtsfähigen Verein[6] und sonstigen Vorstufen rechtlich entwickelterer Gesellschaftsrechtseinheitsgebilde namentlich auch nicht bei Gesellschaften von Minderkaufleuten[7], ja nicht einmal bei Handelsgelegenheitsgesellschaften zulässig. Damit entsteht die unliebsame Möglichkeit, dass sich Sondervermögensbestandteile nicht unterscheiden von anderen Rechten, für welche zufällig auch alle Gesellschafter zusammen Rechtssubjekte sind[8]. Eine Abhilfe ist versucht

[1] Vgl. § 709 BGB. § 48 GO. § 736 ZPO.

[2] Renaud (KG.) 388. GenTh. 581 Nr. 2. Staub 349 f. Vgl. § 17 HGB. Renaud 153. v. Hahn I 349 374 f. 319 gegen Anschütz zu Art. 85 V 2 b. ROHG. VIII 393, IX 431.

[3] Also nicht bloss formelles Legitimationszeichen für „Vertretungs“verhältnisse, sondern eine Konsequenz des Zweckvermögensbegriffes, und zwar des objektiven Einheitsbegriffes (Inbegriffzeichen) beim Gewerbevermögen als Einzelkaufmanns (§ 17 HGB.) sowie des subjektiven Einheitsbegriffes beim Gesellschaftssondervermögen.

[4] Konsequenz des Einheitsprinzips.

[5] NJ. I zu § 705 Nr. 5 Literatur.

[6] Ebenso bei Preuss. Erlaubt. Privatges., denen speziell die Eintragung ihres Namens in öffentliche Bücher versagt war. — Der Grund liegt in öffentlich rechtlichen politischen Bedenken. — Hachenburg, Vortr. 211 212. VoR. 73.

[7] GenTh. 458. RG. XII 3 S. 9—15. ROHG. XII 406 ff.

[8] Dieselbe Individualisierung bei der Gemeinschaft, Bedenken bezüglich § 736 ff. Knoke 82 ff.

in gewissen Fällen durch den Zusatz „als Gesellschaft“ [1]. Man hat ausserdem darauf Wert gelegt, dass das Gesetz von „allen Gesellschaftern“ als Individualisierungsmerkmal spreche, dass also der Ausdruck „die Gesellschafter“ [2] der Anführung der Namen voranzusetzen sei, ohne dass aber hierfür eine besondere gesetzliche Bestimmung einen Anhaltspunkt geben würde.

Bei der offenen Handelsgesellschaft ist, soweit förmliche [3] Individualisierung verlangt wird, die Firma zu benützen, und zwar in Anlehnung an ihre zum Handelsregister angemeldete Form. Namentlich für die Legitimierung ist die Firma die fast ausschliessliche Rechtsform.

§ 6.

Rechte an unbeweglichen Gegenständen im Grundbuchrecht.

Im Grundbuch auf Real- oder für die Gesellschaft besonders herzustellenden Personal [4]-Folien sind für die bürgerliche Gesellschaft bei jedem zugehörigen Grundbuchrecht die Namen sämtlicher [5] Gesellschafter oder Vereinsmitglieder als Berechtigte einzutragen, ein Hinweis auf die Grundakten unter Einschreibung eines Gesamtnamens [6] im Grundbuch wäre wohl praktisch, ist aber unzulässig.

Bei diesem Eintrag ist das Gesellschafts-(Vereins- [7])Verhältnis zu vermerken [8] — § 48 GO. Dies hat trotz der Mehrheit von Namen zweifellos ohne Angabe proportionell bestimmter Anteile zu geschehen.

---

[1] § 48 GO.

[2] So Cosack II 372 gegen Prot. II 2448 436f. Planck II 468. Mathias I 629.

[3] Form im Grundbuchrecht, bei Wechsel und sonstigen Wertpapieren und im Rechtsstreit (Klage, Urteil, Vollstreckungstitel).

[4] § 4 GO. § 21 ff. WJMV. (2. IX. 1899) vgl. § 27 Abs. 3, § 54 Abs. 2 („Grundbuchheft der Gesellschafter“) derselben Eigentümer.

[5] Unrichtig End. II § 70 N. 8, der „die Gesellschafter mit Vertretungsmacht als die Rechtssubjekte“ ansieht. eod. N. 6 über Preuss. Recht. Vgl. Mathias I § 33 B.

[6] Der tatsächlich namentlich bei Vereinen meist vorhanden sein wird. VoR. 8. Cosack (HR.) § 127 Abs. 1. Vgl. ALR. II 6 § 13. D. PrPrR. I 59. Turnau GO. 186ff. Rosin 129. WJMV. zit. § 28 Abs. 3 S. 2.

[7] „Als Verein“ wegen der vom Gesellschaftsrecht abweichenden Rechtsformen § 54 BGB. § 50 Abs. 2 § 735 ZPO. (hier differiert Vollstreckungstitel — Verein — und Bucheintrag). § 17 VoR. Nr. 34 gegen Planck zu § 54 Anm. 2f.

[8] § 48 GO. und § 29 WJMV. zit. „Vermerk auf dem Titel“.

Der Gesellschaftsvermerk ist vielmehr gerade der rechtsförmliche Ausdruck des oben auf Grund der §§ 718 719 705 BGB. dargestellten Grundsatzes der notwendig einheitlichen Subjektsstellung aller Gesellschafter. Über ein sonstiges Verhältnis der einzel genannten Personen, insbesondere über ihre Stellung als Geschäftsführende oder vertretungsberechtigte Verwalter enthält das Grundbuch nichts, und auch in den Grundakten ist ein Vermerk hierüber von dauernder Wirkung[1] nicht zu finden. Der vollzogene Eintrag nebst Gesellschaftsvermerk begründet demnach zugunsten aller die Vermutung, dass ihnen allen in notwendiger Einheitlichkeit das Recht und somit namentlich nach den konkreten Regeln des Gesellschaftsvertrages seine Verwaltung zustehe[2], der Vermerk ist der Hinweis darauf, dass das Recht der „Gesellschaft", also die §§ 705 ff., namentlich § 719 BGB., zutreffen. Damit ist eine weitergehende ausdrückliche Verfügungsbeschränkung bezüglich der einzelnen Gesellschafter überflüssig gemacht. —

Zu prüfen ist von seiten der Grundbuchbehörde bei allen auf Eintragung oder Löschung hinzielenden Rechtshandlungen für die Gesellschaft die Legitimation der handelnden Personen. Ausserdem soll die Handlungsfähigkeit, die Einwilligung etwaiger gesetzlicher Vertreter bzw. des Vormundschaftsgerichtes bei selbsthandelnden Gesellschaftern, soweit dies angesichts des § 165 BGB. überhaupt notwendig ist, festgestellt werden.

Für alle Vertreter, namentlich die Geschäftsführer, erfolgt die Legitimation urkundenmässig; notwendig ist öffentliche Beglaubigung der Unterschriften. Sie ist für jede einzelne grundbuchrechtliche Handlung zu erneuern. Nur soweit unter Wahrung des § 29 Abs. 1 GO. eine öffentliche Bekanntmachung der Vollmacht speziell auch dem Grundbuchamt vorgelegt[3] wird, kann eine solche Bevollmächtigung zu einer Mehrheit bzw. Vielheit solcher zeitlich auseinanderliegender Handlungen unter Heranziehung des § 171 BGB. genügen. Es darf in diesem Falle wohl bei den folgenden Grundbuchgeschäften auf die bei den Grundakten

---

[1] Anders für Vorerben und Testamentsvollstrecker, weil hier nicht aus derzeitigen gesetzlichen Regeln — § 709 ff. 719 ff. BGB. und § 164 ff. BGB. — die nötigen Anhaltspunkte entnommen werden können.

[2] WJMV. (2. IX. 1899) § 17. — VoR. 17. Planck zu § 54. Knoke 95. Biermann „Sachenrecht" Vorbemerk. 2d. vor § 873. Cosack, „Sachenrecht" 12. D. (Bürg. R.) III 112 Nr. 1. Oberneck (RGO.) 61.

[3] Vgl. hierzu § 171 BGB., analog ausgedehnt.

befindliche Urkunde Bezug genommen werden, da ein allen Dritten, also auch dem Grundbuchamt gegenüber wirksamer Widerruf in derselben Form zu den Akten gebracht sein müsste.

Bei Vorliegen einer i. S. d. § 29 GO. ordnungsmässig ausgestellten Vollmacht ist eine sachliche Prüfung, ob diese Vollmacht auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses rechtsgültig entstanden ist, ob die Zahl der bevollmächtigenden Gesellschafter mit derjenigen der tatsächlich vorhandenen[1] übereinstimmt, ob etwa einige dieser Gesellschafter minderjährig sind, nicht vorzunehmen. Zu prüfen ist nur, soweit ein auf die Gesellschafter sich beziehender Eintrag schon vorliegt, ob die Zahl und Namen der eingetragenen Gesellschafter mit denen der zu einem auf den Eintrag bezüglichen, weiteren Grundbuchgeschäft Vollmacht gebenden Gesellschafter übereinstimmen. Im übrigen genügt eine Vollmacht in der gesetzlich verlangten Form, bei deren Herstellung allerdings, „falls sie vor dem Grundbuchrichter erfolgt", auch die Handlungsfähigkeit usw. der vollmachtgebenden Gesellschafter zu prüfen ist.

Bei der offenen Handelsgesellschaft ist die Firma einzutragen, ebenfalls ohne jeglichen Hinweis auf Verwaltungsberechtigungen.

Da die Vollmachten mit gesetzlichem Umfange für die vertretungsberechtigten Gesellschafter allein aus dem Handelsregister hervorgehen, ist dieses, soweit der Grundbuchbehörde notorisch, zu prüfen, anderenfalls ist ein Registerauszug vorzulegen, welcher stets nur Mitteilung vom augenblicklichen Stand des Handelsregisters gibt. Die oben angeführte Abweichung bei öffentlicher Bekanntmachung fällt hier weg, da das Register ausschliessliches Bekanntmachungsmittel auch hinsichtlich des § 171 BGB. ist, neben dem eine öffentliche Bekanntmachung keine selbständige Bedeutung hat.

Nach der Eintragung im Grundbuch richten sich alle grundbuchrechtlichen Beurkundungen über den Inhalt des Grundbuches, vor allem die mit selbständiger Rechtswirkung ausgestatteten Rechtsbriefe, sowie die urkundlichen Feststellungen nach dem Immobiliarzwangsversteigerungsgesetz.

Eine Berichtigung erfolgt hier nach den Bestimmungen der §§ 894 ff. BGB. dann, wenn der vorhandene Eintrag die Zugehörigkeit des grundbuchmässigen Rechtes zum Gesellschaftsvermögen nicht in der Weise

[1] Anzeige an das Grundbuchamt vorgeschrieben. Hamburger Geschäftsanweisung Nr. 6 Abs. 4 unter 3.

zu erkennen gibt, wie dies nach der bisherigen Darstellung unter Heranziehung aller Gesellschafter oder Mitglieder, welche auf Grund des Gesellschaftsvertrages zur Gesellschaft oder zum nichtrechtsfähigen Verein zu der in Frage stehenden Zeit gehören, zu geschehen hat.

Der Berichtigungsanspruch ist ein Ausfluss des dinglichen Rechtes und gehört wie dieses in notwendiger Einheitlichkeit an sich zum Gesellschaftsvermögen.

Ausserdem aber steht ein Berichtigungsanspruch ebenfalls zu allen dinglichen grundbuchmässigen Rechten an Grundstücken des Gesellschaftsvermögens. Für diese Rechte erstreckt sich der Berichtigungsanspruch nicht bloss auf die Bezeichnung des dinglichen Rechtes selbst, dessen aktiver Ausfluss er ist, sondern auch auf die Bezeichnung des dinglichen Rechtes des Gesellschaftsvermögens, auf dem das erstere Recht passiv lastet.

In ersterer Linie steht der Berichtigungsanspruch aktiv in notwendiger Einheitlichkeit als aus der Zugehörigkeit zum Gesellschaftsvermögen sich ergebender Anspruch allen Gesellschaftern zusammen bzw. der Firma der offenen Handelsgesellschaft zu. In zweiter Linie richtet er sich als Ausfluss der dinglichen Rechte an Gegenständen des Gesellschaftsvermögens gegen diesen Gegenstand und die sämtlichen Gesellschafter als notwendige Einheit. Dies ist in analoger Anwendung hierher der sich direkt nur auf gewöhnliche Gemeinschaften beziehenden Entscheidung in § 54 87 RG. zu entnehmen.

Es ergibt sich hieraus folgendes:

Der Berichtigungsanspruch wird einerseits hauptsächlich zutreffen, wenn einer oder mehrere Gesellschafter oder Mitglieder nicht oder nicht richtig eingetragen sind, abgesehen von fehlerhaften oder unterlassenen Anwendungen des § 48 GO. in bezug auf den Gesellschafts- bzw. Vereinsvermerk.

Trotzdem ist aber der Berichtigungsanspruch nicht ein Anspruch eines oder mehrerer Gesellschafter gegeneinander auf Grund des Gesellschaftsvertrages i. S. d. § 717 BGB. Inwieweit unrichtige oder unvollständige Eintragungen derartige obligatorische oder Mitgliedschaftsansprüche auslösen, wieweit solche nach ihrer Durchführung dingliche Wirkung haben, ist im Anteilsrecht zu untersuchen. Ebenso ist im § 18 auseinanderzusetzen, dass der tatsächliche Streit über die Frage, ob Zugehörigkeit einer Person zur Gesellschaft besteht, lediglich eine Voraussetzung für alle Arten von Individualisierungsberichtigungsklagen ist.

Notwendige Voraussetzung jedes grundbuchmässigen Berichtigungsanspruches ist, dass zunächst feststeht, welche Personen Gesellschafter oder Vereinsmitglieder sind, und dann, dass das Recht, dessen grundbuchmässiger Eintrag berichtigt werden soll, unzweifelhaft bereits durch dinglichen Vertrag ins Gesellschaftsvermögen übergegangen und aus diesem durch ebensolchen Vertrag noch nicht ausgeschieden ist.

Abgesehen von Inhabern dinglicher Grundbuchrechte an Gesellschaftsvermögensgegenständen steht ein Berichtigungsanspruch nur dem Gesellschaftsvermögen selbst zu, er kann nur namens aller Gesellschafter in der durch den Gesellschaftsvertrag ermöglichten Form in notwendiger Einheitlichkeit geltend gemacht werden.

Nur eine Konsequenz der Zuständigkeit an die Inhaber dinglicher Rechte an Gesellschaftsvermögensgrundbuchrechten ist die durch § 14 GO. gegebene Möglichkeit, dass derjenige, welcher Eintragung eines solchen Rechtes an einem Gesellschaftsvermögensgrundbuchrecht zu fordern berechtigt ist, auch die Eintragung bzw. die Berichtigung der Eintragung des Grundbuchrechtes des Gesellschaftsvermögens direkt verlangen kann. Dies letztere trifft auch auf Dritte zu, welche einen dem § 736 ZPO. entsprechenden Titel haben und auf Grund desselben auf einem Grundstück des Gesellschaftsvermögens eine Zwangssicherheitshypothek eintragen lassen wollen. Voraussetzung ist allerdings immer, dass sie hierbei grundbuchordnungsgemäss die Zugehörigkeit zum Gesellschaftsvermögen nachweisen können.

Da diese Bestimmung jedoch nur dem formellen Grundbuchrecht angehört, so ist hieraus umgekehrt zu folgern, dass, wo der grundbuchordnungsmässige Nachweis versagt und der materielle Berichtigungsanspruch geltend zu machen ist, dem Dritten, auch wenn er einen Titel nach § 736 ZPO. hat, der Berichtigungsanspruch nicht direkt zusteht, sondern dass der Dritte ihm nach gewöhnlichen Grundsätzen — § 857 ZPO. — zuerst gegenüber dem Gesellschaftssondervermögen, also allen Gesellschaftern in notwendiger Einheitlichkeit, wobei die im Prozesse legitimierten Geschäftsführer zustellungsbevollmächtigt sind, pfänden und sich überweisen lassen muss. Diese Pfändung ist wie die jedes anderen Gesellschaftsvermögensrechtes unter den Voraussetzungen der §§ 735 736 ZPO. zulässig, § 717 725 BGB. treffen hier nicht zu. Die Notwendigkeit, dass ein derartiger Anspruch zugunsten Dritter gepfändet werden können muss, ergibt am deutlichsten, dass es sich hier nicht um einen Anteilsanspruch der Gesellschafter gegeneinander i. S. d. § 717 BGB. handeln kann, ein solcher

Anspruch aus § 717, selbst wenn er für einen Gesellschafter rechtskräftig durchgeführt ist, ist für Dritte wertlos.

Selbstverständlich ist der Berichtigungsanspruch, wie nach § 14 GO. so auch nach § 54 und bei grundbuchmässiger Übereinstimmung aller Teilhaber im Berichtigungsverfahren nach § 19 13 22 GO. durchführbar.

Streng zu scheiden von dieser Durchführung des Berichtigungsanspruches ist der Fall, dass ein Dritter nur einen rechtskräftigen Titel i. S. d. §§ 735 736 ZPO. auf Eintragung einer dinglichen Rechtsänderung hat, oder dass seitens eines Gesellschafters oder eines Dritten der Anspruch auf Einbringung ins Gesellschaftsvermögen durchgeführt werden soll.

Der besonders wichtige Fall der Berichtigung bei Eintritt, Austritt oder Ausschluss ist unten besonders zu behandeln.

Fehlt der Vermerk nach § 48 GO. oder ist er unrichtig, so trifft ebenfalls ein Berichtigungsanspruch zu.

§ 48 GO. hat bestimmte gesetzliche Wirkungen, wenn er bei der Eintragung berücksichtigt wurde, er ist aber nur eine Sollvorschrift, kann also bezüglich der rechtsbegründenden und rechtsändernden Wirkungen in materieller Beziehung nicht als perfizierender Bestandteil weder der Eintragung noch des dinglichen Vertrages in Betracht kommen.

Wie sein Vorhandensein als genereller Beschränkungsvermerk im Sinne des § 892 BGB. als Hinweis auf § 705 ff. BGB. wirkt, so könnte sein Fehlen eine entgegengesetzte Vermutung begründen. Zwar kann das Fehlen des Vermerkes keine Vermutung für das Vorhandensein[1] eines Gesamthandsverhältnisses bewirken, denn die Gemeinschaft ist als einzige Lösung eines blossen Mehrheitsverhältnisses anzusehen, die Erhebung eines solchen zu einer Rechtseinheit muss als das Plus ersichtlich sein. Fehlt also der Vermerk „Gesellschaft“ unter Verletzung der Sollvorschrift des § 48 GO., so spricht die grundbuchrechtliche Vermutung für Vorliegen eines Gemeinschaftsverhältnisses[2]

[1] Offenbar von den Grundgedanken älteren deutschen und preussischen Rechtes ausgehend (Überwiegen der — unklaren — Gesamtenhand) Kammergericht, Zentralblatt f. FrGBG. 1900 Heft 11/12 S. 531. Da Vermutung des § 742 BGB. „widerlegbar sei“ (dann hat dies in einem Berichtigungsstreit § 894 BGB. eventuell § 22 GO. zu erfolgen.) Die Gesamthandsverhältnisse sind im BGB. Ausnahmen von § 741. Vgl. Achilles.

[2] Übrigens wird dies auch von namhafter Seite bestritten. So T. F.

zu gleichen Teilen, es ist in diesem Falle § 742 heranzuziehen. Jedoch handelt es sich nur um eine Vermutungswirkung.

Da ein Vermerk, wie ausgeführt, nach § 48 GO. zur Perfektion des dinglichen Vertrages nicht notwendig ist, ist die dingliche Rechtslage in Ordnung, es besteht also kein Anspruch auf Herbeiführung der dinglichen Rechtsänderung, sondern nur ein solcher auf Berichtigung des Eintrages durch Beifügung des Vermerkes. Voraussetzung ist sonach allerdings, dass im übrigen der dingliche Vertrag in Ordnung ist.

Soweit der dingliche Vertrag über das Vorliegen eines Gesellschaftsverhältnisses keinen Zweifel lässt und der dingliche Vertrag den Anforderungen grundbuchordnungsmässigen Nachweises entspricht, trifft § 22 GO. zu. Soweit die Anmeldung diese Unterlagen für den Vermerk enthält und der Vermerk weggelassen ist, trifft § 54 GO. zu.

Man wird ausserdem sagen können, die Eintragungstätigkeit, die ja nach erfolgter Anmeldung § 13 19 GO. rein öffentliches rechtliches Internum der Grundbuchbehörde ist, ist nicht vollendet und kann ohne weiteres vollendet werden. Auf jeden Fall sollte die Grundbuchbehörde Anmeldungen ohne die für Eintragung des Vermerkes genügenden Grundlagen ablehnen. — § 18 GO. —

Wird die Firma einer offenen Handelsgesellschaft geändert, so ist das Grundbuch auf Antrag dem Registerinhalte gemäss unter Anwendung des § 22 GO. zu berichtigen.

§ 7.

Rechte an beweglichen Sachen.

Kein rechtsförmliches[1] sondern ein rein tatsächliches Mittel begründet hier die Eigentumsvermutung, und zwar das Besitzverhältnis an der Sache.

Besitz aller Gesellschafter zu gleicher Zeit nebeneinander ist hier denkbar, gegenseitig ist dabei auch nach § 866 BGB. ein Rechtsschutz möglich, jedoch nur zu Mitindividualisierungszwecken und soweit nicht aus der zulässigen einheitlichen Regelung der Verwaltung ohne Mit-

[1] Dies wollte bis zu gewissem Grade sein „die gevere“ der deutschen Rechts- und die deutschen Rechtszeichen. Heute nur noch Marken als Ursprungssiegel und als Pfändungszeichen. GenTh. 352 Nr. 2.

wirkung einzelner Gesellschafter eine Einrede entgegensteht[1] — § 863 BGB. —

Einheitlicher Mitbesitz kann sich aber mit derselben Vermutungswirkung[2] aus bestimmten tatsächlichen Einrichtungen für einheitliche Machtausübung zu Gesellschaftszwecken in äusserlich erkennbarer Form ergeben. Aufbewahrung in grundbuchmässig der Gesellschaft gehörigen Liegenschaften[3], konkrete Bestandteile eines Gesellschaftswarenlagers[4] und irgendwelche sonstige äusserlich ohne weiteres erkennbare Gegenstände. Namentlich die Anbringung der Firma, aber auch, da es sich um rein tatsächliche Verhältnisse handelt, diejenige des Gesellschafts- und Vereinsnamens wird ein derartiges Verhältnis des Gegenstandes zum Gesellschaftszwecke nach aussen unverkennbar bestätigen und damit erkenntlich machen, dass ein Besitzverhältnis einer Einzelperson nicht vorliegen kann, selbst wenn bei nicht vertret- und nicht verbrauchbaren Sachen eine Vermutung auf Grund einer Schätzung i. S. d. § 706 nicht vorliegen sollte. Durch derartige typische Kennzeichen für ein Gesellschaftsbesitzverhältnis wird infolge der Annahme von Besitz der Gesellschaft nach den Besitzvermutungen Eigentum der Gesellschaft zu vermuten sein. Demgegenüber hat der Einzelgesellschafter, soweit er eine solche bewegliche Sache nur zum Gebrauch überlassen hat, diese Vermutung durch Gegenbeweis zu widerlegen.

Schwierigkeiten ergeben sich überall dagegen da, wo das Besitzverhältnis nach aussen zugleich als ein Besitzverhältnis einer einzelnen Person aufgefasst werden kann, der Besitz für die Gesellschaft durch eine einzelne Person ausgeübt wird und bei entsprechendem Verhalten dieser Personen anzunehmen ist, dass sie nur für sich besitzen will. In solchen Verhältnissen wirkt jedenfalls zugunsten Dritter die Besitzvermutung dahin, dass Eigentum der Einzelperson[5] anzunehmen ist.

---

[1] Danach kann reiner Verwaltungsbesitz einzelner (über § 868 BGB. unten) gefordert sein.

[2] Im Gesetz nirgends erwähnt, aber folgendes ist als Erscheinungsform des Mitbesitzes aufzufassen.

[3] Betriebsräume ROHG. XXII Nr. 70; XVIII Nr. 81 „Pferde in einem Stalle“ eod. XIII 285. Vgl. EG. zu HGB. Art. 9 („Inhabergangabe an Läden usw.“).

[4] Vgl. § 92 Abs. 2 BGB. Busch XIX 415 „Grosshandel mit Knöpfen“ ROHG. XVIII 228.

[5] Dagegen hilft auch Vorlage eines Registerauszuges über seine Vertretungsmacht nichts. Schärfere Regeln deshalb im Ehegüterrecht § 1362 1527 BGB. Vgl. W. § 155 Nr. 10 12.

Nur unter der Voraussetzung, dass eine derartige Anmassung von Eigenbesitz nicht vorliegt, sind, da § 164 ff. BGB. auf den Besitz keine Anwendung finden, gewisse Arten der Stellvertretung in der Besitzausübung ausser mit der Rechtswirkung der Selbsthilfebefugnis und der Schutzklagen auch mit der Vermutungswirkung[1] zugelassen, zunächst in § 855 (860) und 868 (869) BGB.

Sowohl das Besitzdienerverhältnis für Angestellte in den Gesellschaftsgeschäften[2], z. B. bei einem uniformierten Gesellschaftsdiener, wie das Besitzmittlerverhältnis bei geschäftsführenden Gesellschaftern[3] übt für die Gesellschaft Individualisierungswirkung. Das Zwischenverhältnis[4] — Gesellschaft — muss hier aber zur Begründung der Vermutung belegt sein, und ausserdem muss es möglich sein, gegenüber der Einrede, dass es sich um Privatvermögen[5] des unmittelbar besitzenden Gesellschafters[6] handle, die Voraussetzungen der Vermutungen der §§ 706[7] 718 BGB zu erweisen.

Eine Vermutung[8] aus dem Inventar, wie nach § 91 Abs. 2 AHGB. gibt es nicht mehr, da solchen Aufstellungen für Wirkungen zum Nachteile Dritter nicht genug öffentlicher Glaube beigemessen werden kann.

Keine Vermutung kann bei Zutreffen von HR. allein aus dem Abschluss des Erwerbsgeschäftes über den Gegenstand im Handelsgewerbe[9] entnommen werden, da damit über das formale Übergehen des Gegenstandes[10] in das Handels- also Gesellschaftsvermögen als Eigen-

[1] Vgl. auch § 1006 Abs. 3 BGB.

[2] GSt. 735 Nr. 6. Vgl. hier auch § 56 HGB. — „Uniformierter Gesellschaftsdiener".

[3] Ebenso bei juristischen Personen: Der Verwaltungsbesitz der Organe End. I § 31 N. 11 ruht auf keiner anderen Grundlage. Die juristische Person ist mittelbarer Besitz. Vgl. § 713 764—770 zu § 868 BGB.

[4] Nur für mittelbaren Besitz, nicht für Besitzdiener, da letztere Eigenschaft aus tatsächlichen Beziehungen zu entnehmen ist.

[5] Im Gegensatze zu den sonstigen Fällen des § 868 folgt dies noch nicht aus dem Nachweis einer Gesellschaft. Vgl. § 706 BGB.

[6] Nie sind sie aber als geschäftsführende Gesellschafter Eigenbesitzer. Darüber End. II § 31 N. 11 II in Verbindung.

[7] RG. XXXI 29. Staub, Exkurs zu § 122. Laband XXXI 35 Nr. 50. Lastig I 335 ff. 352.

[8] Zu § 706 und Art. 91 zit. Vgl. GenTh. 582 Nr. 1, unten § 9 ff.

[9] Vgl. HGB. Art. 274 § 344 unten bei Forderungen. ROHG. XIII 287; XVI 380. Busch VI 64 f.

[10] In § 344 ist nur für die Zugehörigkeit eines Rechtsverhältnisses eine Vermutung aufgestellt anders in § 718 BGB., der die rechtsbegründende Kraft be-

tum noch nichts gesagt ist. Es kann diese Vermutung allerdings dann zutreffen, wenn noch die Tatsache des § 718 Abs. 1 BGB. „durch Geschäftsführung für die Gesellschaft“ hinzukommt. Dann jedenfalls wird man aus der Tatsache des Erwerbes einer beweglichen Sache im Betriebe des Handelsgewerbes auf das gleichzeitige Vorliegen einer Geschäftsführung für die Gesellschaft seitens des im Handelsgewerbebetrieb erwerbenden Gesellschafters schliessen können und damit darauf, dass der Gegenstand Gesellschaftsvermögen ist, wenn nur die Geschäftsführung für die Gesellschaft im Gegensatze zu der Privattätigkeit des Geschäftsführers Ausübung eines kaufmännischen Gewerbebetriebes darstellt. Denn dann geht aus der Vermutung, dass ein Geschäft im Gewerbebetrieb erfolgt ist, mit Notwendigkeit hervor, dass die betreffende Tätigkeit in Geschäftsführung für die Gesellschaft erfolgte.

§ 8.

Bei Rechtsverhältnissen.

Jedes Rechtsverhältnis als solches die Grunderscheinungsform aller Rechtsdynamik ist statisch betrachtet, sei es positiver aktiver Bestandteil oder negative passive Last aller beteiligten Vermögen und ist bei diesen in der jeweiligen Natur als zugehörig zu individualisieren.

Die Natur als Vermögensgegenstand kommt hier hauptsächlich in Betracht hinsichtlich der Abtretbarkeit, vor allem mit absoluter Wirkung als Objekt der Zwangsvollstreckung und Bestandteil der Konkursmasse.

Die Individualisierung ist dementsprechend besonders wichtig bei den sich hierauf beziehenden Rechtsgeschäften[1], namentlich also im Rechtsstreit, bei der Zwangsvollstreckung und beim Konkursantrag.

Mittel zur Individualisierung sind in erster Linie Kenntnis der Beteiligten, dann wieder gewisse objektive Beziehungsmerkmale, endlich auch hier Rechtsformen.

---

stimmter Rechtsgeschäfte festsetzt für den Erwerb aller Gegenstände, abgesehen von denen, für welche formale Erwerbsgeschäfte bestehen. Bei beweglichen Sachen muss nun zum Rechtsgeschäfte noch die Besitzänderung kommen.

[1] Vgl. z. B. § 344 zit. HGB. Zugehörigkeit zu einem Inbegriff im Gesamtvermögen. Danach bestimmt sich die Anwendung des HR. für die Auslegung des Rechtsgeschäftes und den Inhalt des Rechtsverhältnisses.

Anerkannt sind für das Sondervermögen der Gesellschaften Forderungen[1] und Werthaftungsansprüche — so § 735 736 ZPO. —; Schulden unbestrittenermassen zunächst nur bei der offenen Handelsgesellschaft[2].

1. Die Kenntnis ist stets ein zu der Zugehörigkeit hinzukommendes Mittel für deren Erkennbarkeit[3], in keinem Falle mehr, auch nicht bei Übergang oder Übertragung in ein anderes Vermögen wirkt die Tatsache der Kenntnisnahme oder auch nur die der Inkenntnissetzung zugehörigkeitsbegründend[4].

Nichtkenntnis der Zugehörigkeit zu einem anderen Vermögen als dem des ursprünglichen Gläubigers schafft nur für den Schuldner nach erfolgter Übertragung ein Erfüllungssurrogat[5] in der Leistung an dem bisherigen Gläubiger. Zwischen den in Betracht kommenden mehreren Gläubigern kann trotzdem noch über die tatsächliche Zugehörigkeit gestritten werden[6]. Ausserdem sind bei Unsicherheit über die Zugehörigkeit für den Schuldner noch Sicherungsmittel in den §§ 372 ff. BGB. und § 75 ZPO. gegeben. Alles dies gilt gleichmässig für Rechtsverhältnisse auf Grund von Rechtsgeschäften oder sonstigen Tatsachen[7].

Inhaltlich muss sich die Kenntnis im vorliegenden Fall auf die Zugehörigkeit zum Gesellschaftsvermögen namentlich im Gegensatze zu den Privatvermögen der dabei geschäftsführenden[8] oder sonst beteiligten Gesellschafter beziehen. Ein Vertretungsverhältnis muss nach den §§ 164 718 BGB. erkennbar sein.

2. Eine Vermutung begründet zunächst der Gebrauch der Firma[9] und für Gesellschaften mit Handelsgewerbe nach § 705 BGB. der

[1] § 719 Abs. 2, § 720 BGB.

[2] Konkurs „Verbindlichkeit des Fonds" ROHG. XX 263; V 205; XII 261; XX 181.

[3] End. I § 152i. Knoke 86 oben.

[4] So im früheren Rechte die Denuntiation. Vgl. noch § 1280 BGB.

[5] § 720 (nur für § 718 Abs. 1) und 400—408 BGB.

[6] Interesse besteht in der grundlegenden Bedeutung für Klagen aus § 437 BGB.

[7] Zum Beispiel Beschädigungen durch Gesellschaftstiere. Nützliche Geschäftsführung. Planck zu § 733 BGB. „anlässlich des Betriebes der Gesellschaft" Anders bei der internen Natur der römischen Societas. Vgl. Rössler ZfHR. IV 260 269.

[8] § 720 718 Abs. 1 BGB. Knoke 86 „Besonderer Beweis der Geschäftsführung für die Gesellschaft notwendig". ROHG. XIII 288 zu Art. 274a zit. Vgl. Busch V 16 „Institor im Namen des Geschäftsherrn".

[9] Vgl. § 17 124 25 28 HGB. und § 344. eod. v. Hahn I 383. Römer 154 ROHG. XIII 287. Activum durch Geschäft unter Geschäftsfirma erworben nach aussen unwiderleglich?

§ 344 HGB. verbunden mit § 718 BGB. dann, wenn die geschäftsführenden Gesellschafter als Privatleute nicht Kaufmann i. S. d. HGB. sind.

Sonstige objektive Momente[1] dienen nur als gewöhnliche Beweismittel, namentlich die Aufzeichnungen und Bilanzen; auch im Verhältnis zu den Privatvermögen üben diese keine stärkere Wirkung aus. Es ist hier nachzuweisen, dass die Rechtsverhältnisse im Betriebe des Geschäftes begründet sind bzw. durch Geschäftsführung für die Gesellschaft oder in Verfolg von nach aussen ohne weiteres erkennbaren Gesellschaftszwecken.

3. Soweit über die Forderungen Beweisurkunden vorhanden sind, ist zunächst wegen deren formalen Beweiskraft auf § 415 ZPO. zu verweisen, ausserdem mit Rücksicht auf § 720 BGB. noch auf die §§ 403 409 410 BGB. Dies wird namentlich bei Einbringung von Forderungen als Beiträgen von Bedeutung sein. Bei der Bezeichnung der Gesellschaft als neuer Gläubiger mit der Rechtswirkung des § 409 BGB. fragt es sich, ob der etwa vorhandene Gesellschafts- oder Vereinsname gebraucht werden kann[2]. Es wird zwar der die Urkunde ausstellende alte Gläubiger, namentlich wenn er die Forderung einbringender Gesellschafter ist, nach Treu und Glauben einen Einwand nicht erheben dürfen[3]. Schwierigkeiten ergeben sich jedoch bezüglich des zur Zustimmung i. S. d. § 409 Abs. 2 legitimierten Gläubigers, welcher aus der blossen Angabe eines Gesellschafts- oder Vereinsnamens angesichts der mangelnden Rechtsfähigkeit als juristische Person nicht hervorgeht. Man wird es hier für genügend erachten müssen, wenn nur bei der Zustimmungserklärung gemäss § 409

---

[1] Vgl. RöRecht „communiter in communem lucrum agere, nomina simul facta sunt unius loco numerabuntur, quia unum debitum est“ L 9 pr. D 2 14, D 34 pr. D 4 8. Bankiersbücher „simul agunt“ Wirkung ut solidum alter petere possit. „Im Namen der Gesellschaft“ ROHG. XVI 357. Busch XIX 44 („Umstände und Willen der Kontrahenten sind zu erforschen“). Busch XIV 142, „analoger Geschäftsbetrieb für Firma“. ROHG. XVIII Nr. 60 „Umstände“ ZfHR. I 163. eod. VIII 575 „Wille des Dritten mit Gesellschaft zu kontrahieren“.

[2] Vgl. ZfHR. XV 230 f. Schon bei Schuldscheinen wird eine Abweichung von der registermässigen Firmaform (also auch von dem gesetzlich allein zugelassenen Individualisierungsmittel für gewöhnliche Gesellschaften) nicht zugelassen, „wenn die Firmazeichnung die ihr gesetzlich beigelegte Wirkung (§ 124 HGB., 720 BGB.) äussern soll“.

[3] eod. Liquide Umstände können ergeben, dass das Geschäft für Gesellschaft geschlossen ist.

Abs. 2 eine i. S. d. § 164 BGB., bzw. nach HR. genügende Legitimation seitens der unter den Gesellschaftsnamen die Erklärung abgebenden Person erfolgt. Als Urkunde i. S. d. § 409 BGB. wird man den Gesellschaftsvertrag anzusehen haben, da man annehmen darf, dass die Rechte zu deren Übergang der Abtretungsvertrag (§ 82 BGB.) genügt, mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages übergehen. Hier sind dann für den Fall des § 409 Abs. 2 die im Gesellschaftsvertrage vorhandenen Angaben über Geschäftsführung als genügende Legitimation anzusehen.

Eine Abtretungsurkunde mit der Wirkung öffentlichen Glaubens gegen Dritte ist in § 1155 BGB. vorgesehen, für diese ist jedenfalls der ordnungsmässige Gebrauch aller Gesellschafternamen erforderlich.

Gesetzliche Vermutungen[1] finden sich bei den in notwendiger Urkundsform erscheinenden Forderungen, namentlich wenn ein gesetzlich verlangter Bestandteil[2] dieser Form gerade die Namen der Beteiligten sind. Gegen diese Namen lässt sich nur der Beweis der Fälschung[3] führen. Dies trifft zu für Wertpapiere, und zwar Namens- und Ordrepapieren, auf beiden Seiten, bei Inhaberpapieren nur auf der Schuldnerseite. Hier ist besonders beim Wechsel zunächst nur die aktive Seite, soweit aus den Papieren ein Recht hervorgeht, zu berücksichtigen. Dass sowohl die offene Handelsgesellschaft wie auch die bürgerliche Gesellschaft aktiv wechselfähig ist, wird trotz des hier zweifelhaften Wortlautes bei Staub Note 1 zu § 1 Art. 1 WO. nicht bestritten werden können. § 718 Abs. 1 redet ausdrücklich „von durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenständen“ ohne irgend etwas, etwa speziell den Wechsel, auszunehmen. Gegenteiliges enthält die WO. nicht. Es muss hier die Namenszeichnung durchaus formrichtig[4] erfolgen, es darf nicht etwa kraft freier Beweis-

[1] Vgl. § 416 439 ff. ZPO. Art. 36 75 WO.

[2] Art. 4 7 WO. „Inhaberpapiere“.

[3] Gegen den Inhalt lässt sich nur die Vermutung der Echtheit widerlegen. § 440 Abs. 2 § 416 ZPO. Nur demSchuldner kann aus dessen eigenem Verhalten ein Einwand aus § 242 157 BGB. (Vgl. Exc. doli) entgegengesetzt werden. Kräwel-Busch IV 23 ff. zu AHGB. Prot. S. 1004 f. Anders v. Hahn zu Art. 114 zu 116 § 4 5. Gebrauch der Firma durch nicht registermässig Legitimierte schadet nicht, Busch XVI 167 „notwendig ist Beweis der Fälschung oder Möglichkeit einer Exceptio doli.

[4] v. Hahn 88. GenTh. 581 Nr. 2. Staub Exkurs zu § 108. ROHG. XII Nr. 59. Keyssner ZfHR. XI 500.

würdigung aus anderen hinzutretenden Momenten die Zugehörigkeit zum Gesellschaftsvermögen angenommen werden[1]. Dies gilt namentlich auch für die Abgrenzung gegenüber dem Privatvermögen und ist besonders von den vertretenden Gesellschaftern zu beachten. Notwendig ist die völlige Identität bei Bezeichnung zweier Namen, welche sich nach den Bestimmungen des Wechselrechtes decken müssen; so hier Trassant, Remittent, Indossant[2]. Auch offensichtliche Zeichnung in Stellvertretung[3] ohne förmliche Angabe des Namens des Vertretenen erzielt hier keine wechselrechtliche Wirkung.

Die Firma der offenen Handelsgesellschaft ist streng registermässig zu zeichnen, bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes sind alle vorhandenen Gesellschafternamen zu vermerken. Da diese sämtlichen Namen nur die Zugehörigkeit zu „einem" Vermögen kennzeichnen, kommt hier die Streitfrage, ob überhaupt mehrere Personen als Akzeptanten, Trassanten usw. nebeneinander sich wechselrechtlich verpflichten können, gar nicht in Betracht, denn wechselrechtlich verpflichtet und namentlich berechtigt werden hier nur die sämtlichen Gesellschafter als solche für die Gesellschaft in notwendiger Einheitlichkeit. Bei Neueintritt eines Gesellschafters vor dem Akzept ist ein entsprechender Vermerk zu machen, analog wie etwa die Qualität des akzeptierenden Erben zu bezeichnen ist. Durch diese Vermerke wird die verlangte Identität nicht gestört, ebensowenig als durch den Zusatz bei der Firma „I. L. — in Liquidation[4].

[1] Weniger weitgehend die in voriger Note zit. und Busch XVII 206 ff. Vgl. auch Beweismittelbeschränkung im Wechselprozesse. Vgl. aber ZfHR. VII 483. Anders im ausserwechselmässigen Regress ROHG. XIII 287; XXII 61 f. Vgl. noch zu Privatvermögen ROHG. XX Nr. 70 und 181.

[2] ROHG. XX Nr. 70 „Tratte auf Firma, Akzept eines Gesellschafters verpflichtet niemand wechselmässig".

[3] Es gilt nicht Art. 95 WO., da Vollmacht vorliegt. Andererseits bei Fehlen jedes Vertretervermerks kann noch Stellung als Avalist in Betracht kommen. Nicht als Avalist wird der registermässige Firmavertreter anzusehen sein, der unter Firma seinen Namen ohne Vertretungszusatz setzt; die Vertretung kann ja jederzeit aus dem Register entnommen werden. Dieser Gesellschafter haftet nur aus § 128 HGB. Über den Unterschied vgl. URG. II 372/01 zit. Vgl. Art. 81 WO. Vgl. Keyssner in ZfHR. XI 501 Nr. 15.

[4] Alles Nähere über diese Fortdauer der Identität des Sondervermögens mit seinen Bestandteilen bei Mitgliederwechsel § 24.

Darstellung als objektive Einheit.

§ 9.

Die zunächst lediglich begriffliche auf § 705 718 BGB. beruhende Einheit des Gesellschaftsvermögens lässt sich in der Erscheinungsrechtsform Kapitalsumme objektiv einheitlich darstellen. Dementsprechend ist gesetzlich vorgesehen eine Umwandlung der Gesamtheit der Wirtschaftsrechte in eine Gesamtheit von Rechten an oder auf eine bestimmte Summe Geld[1].

Rechtsmittel, zunächst die einzelnen Rechte nach ihrem Werte anzusetzen oder sie in Geld zu verwandeln, dann sie in ihrer Gesamtheit als Werteinheit zusammenzufassen, sind die Schätzung und der Wertungsverkauf, dann Inventur und Bilanz[2].

Es handelt sich hier nicht um Rechtsgeschäfte dynamischer Natur, durch welche neue Beziehungen zu anderen Vermögen direkt festgestellt werden, sondern um Rechtshandlungen ganz eigener Art, welche sich ihrem abstrakten Inhalte nach als Mittel zur Durchführung des Einheitsbegriffes[3] sowohl bezüglich der objektiven wie bezüglich der subjektiven Einheiten nur auf die Einrichtung eben dieser Einheit und ihre statische Struktur beziehen. Ihren verschiedenen Zwecken[4] gemäss üben sie in verschiedener Weise sekundär auch Wirkungen[5] auf aussenstehende Vermögen aus.

Es sind Einrichtungshandlungen für die Rechtseinheiten, als Ordnungsvorschriften von der Rechtsordnung aufgestellt, durch Her-

[1] Die Wertmasse ist ein anderer Gegenstand für andere Rechte als die Wirtschaftsgütermasse, aber entweder die eine oder die andere stellt tatsächlich das Sondervermögen vor. Vgl. Savigny I 375. Gaius IV § 48. Hegel Naturrecht § 63. GenTh. 365 ff. 461 Nr. 2. Birkmeyer 324. Ehrenberg (G V) 230 „Vermögensstücke unterschieden von ihren Rechnungsgrössen". Vgl. § 733 BGB. ROHG. XXV 164. RG. LVI 100.

[2] ROHG. XII 19 „Idee einer fingierten Realisierung des Geschäftsbestandes".

[3] Ganz ähnlich zeigt sich der Unterschied zwischen der Rechtsstellung als Vertreter und dem Rechtsverhältnisse der dabei beteiligten (Privat)vermögen, Auftrag usw.

[4] Vgl. auch hier den Unterschied zwischen „abstrakt und kausal". So auch der Vergleich mit der Kausa bei abstraktem Eigentumsübergang in ProtS. 431 432. v. Hahn zu Art. 91 § 2.

[5] Besonders instruktiv der legislatorische Versuch des Art. 91 Abs. 2 HGB. und oben Wirkung der Firma.

stellung von Rechtsformen meist unter Mitwirkung öffentlich rechtlicher Einrichtungen durchführbar und vielfach mittels Ordnungsstrafen unter direkten[1] öffentlichen Rechtszwang gestellt.

Die hauptsächlichen privatrechtlichen Zwecke sind nachstehend zusammengefasst; nach ihrer mehr internen oder absoluten Natur bestimmt es sich, ob Privatrechtsschutzansprüche nur den direkt Beteiligten oder allen Dritten zustehen[2].

a) Zunächst können die Zwecke im Zusammenhange mit den ihnen wesensgleichen Einrichtungshandlungen bei Gründung und Auseinandersetzung stehen, sie können hier eine Individualisierungsvermutung begründen und weiterhin die Grundlage für die Auseinandersetzung bilden. Hier stehen nur den Beteiligten Rechtsschutzansprüche zu; Art. 91 Abs. 2 AHGB., § 706 733 BGB.

b) Zur Vereinfachung von Rechtsverhältnissen dient es vielfach die in Frage stehenden wirtschaftlichen Machtverhältnisse auf ihre rein kapitalistische Form als Recht bzw. Last auf bzw. an einer bestimmten Summe Geldes zu bringen. — Dem diente schon die Aestimatio venditionis causa, dos aestimatoria — § 587 BGB. —, Selbsthilfekauf und Verkauf. Speziell im Gesellschaftsrecht handelt es sich hier um die Schätzungen zur Feststellung der Genuss-(Kapitalsanteils-, Gewinnzuschuss)-Rechte § 706 BGB.; § 120—122 HGB.

Hier stets nur privatrechtliche Schutzansprüche — auf Rechnungslegung § 721 259—261 740 Abs. 2 BGB.

c) Zur Ermöglichung einer Nachprüfung der Zugehörigkeit und einer Übersicht über die konkrete Geschäftsführung. Damit ist die Durchführung einer gewissen Gebundenheit der Rechte im Gesellschaftsvermögen angestrebt.

Ansprüche nur der Beteiligten als Recht auf persönliche Einsicht § 716 BGB. oder doch wenigstens auf Auskunft § 740 BGB.

Öffentliche Rechtspflicht, Offizialrecht der Gerichte auf Einsicht § 38 ff. 45 ff. HGB.

d) Hauptsächliches Mittel zur Rechtsverwirklichung, namentlich aller obligatorischen Rechtsbeziehungen, soweit eine Verwirklichung in Natur durch Rechtszwang ausgeschlossen ist — Wertungsverkauf, Zwangsvollstreckungsstrafen in der Zwangsvollstreckung, Konkurs,

[1] Die Rechtsordnungsorgane greifen ohne Antrag ein § 14 HGB., vgl. § 313 f. 319. § 239—244 KO.

[2] Klage ist notwendig.

Liquidation. — Hier ist namentlich auch die Befriedigung Dritter bei der Auseinandersetzung vorgesehen. Es handelt sich um rein interne Verhältnisse der Gesellschafter im BGB. § 733 ff., absolute Gültigkeit nach § 158 HGB. (vgl. § 881 1967 ff. 2058 ff. 383—386 BGB.). Meist greift hier eine Verwirklichungstätigkeit der Rechtsordnung[1] ein.

Die Ansprüche auf Rechtsschutz sind hier alle gerichtet auf ein Handeln der beklagten Person[2] bzw. auf eine Ersatzhandlung der Rechtsordnung hierfür. § 894 895 ff. ZPO., § 16 HGB.

§ 10.

Schätzung und Wertungsverkauf.

Die Rechte im Sondervermögen an oder in Beziehung auf natürliche Dinge lassen sich durch entsprechende Rechte an oder auf eine bestimmte Summe Geldes ersetzen. Dies wird mit allgemeiner Bedeutung in § 706 und § 733 BGB. festgelegt. Insofern erscheint das Sondervermögen als ein Sachinbegriff i. S. d. § 92 Abs. 2 BGB. Die einzelnen Gegenstände haben für die Gesellschafter meist schon bei der Verteilung der Genussanrechte, jedenfalls im Auseinandersetzungsverfahren nur die Bedeutung, dass sie dazu dienen, zum Zwecke teilweiser oder endgültiger Verteilung veräussert, d. h. in Geldwert umgesetzt zu werden. Jedes subjektive Recht muss mindestens für § 733 BGB. und damit für das Endziel der Gesellschaft durch ein entsprechendes Quantum Geld vertretbar sein. Dies ist eine der wichtigsten Konsequenzen des Surrogationsprinzips[3], wie es in § 718 BGB. für das Gesellschaftsrecht einen noch weitergehenden Ausdruck gefunden hat. Wie danach Gegenstände jeder Art durch Geschäftsführung für die Gesellschaft oder als Ersatz in gewissen

[1] Es ist zu beachten, dass Vermögen als Masse von Wirtschaftsrechten und als Kapitalsumme zwei Erscheinungsformen sind, die nie gleichzeitig völlig nebeneinander bestehen können. Daher ist der Haftungsanspruch auch obligatorisch, weil sein Inhalt noch der Verwirklichung — Umwandlung in Kapitalsumme und Auszahlung aus derselben — bedarf.

[2] Sie gehören zur Kategorie der Ansprüche auf Handeln als Rechtssubjekt.

[3] Nicht allgemein als Regel für Inbegriffe und Sondervermögen aufgestellt, aber überall bei ihnen verwendet (vgl. Ehegüter- und Nachlassrecht). „Pretium succedit etc.“ Mathias I 558. Knoke 78. VoR. 15, § 718 zit. „durch Geschäftsführung erworben“. „An Stelle eines Rechtes oder als Ersatz für einen Gegenstand“. Pretium-Ersatz § 732, 733, 718 Abs. 2 BGB.

Fällen an die Stelle anderer Gegenstände treten können, so gilt dies namentlich für den Schätzungs- oder Verkaufspreis aller natürlichen Rechtsgegenstände. Gerade hierfür ist besonders ausgebildet das Rechtsmittel der Schätzung und dasjenige des Wertungsverkaufes[1].

1. BGB. und HGB. kennen die Schätzung[2] zu verschiedenen Zwecken und mit verschiedenem Rechtscharakter.

Zunächst nennt § 706 BGB. die Schätzung bei Einbringung von Vermögenswerten. Diese kommt durch spezielle vertragsmässige Einigung nach Analogie der Feststellung eines Preises zustande[3]. Möglich ist, dass sie bezüglich eines speziellen Gegenstandes oder in generellerer Weise im Gesellschaftsvertrag[4] vorgesehen ist. In diesem Falle kann auf die Ausführung der Schätzung, wie auf die Einbringung selbst geklagt werden. Einbringung und Schätzung stehen in synallagmatischem Zusammenhang. Die Pflicht zu Schätzung und das Recht auf dieselbe liegt aber keineswegs immer schon vor, wenn im Gesellschaftsvertrag für einen Gesellschafter die Pflicht zur Einbringung des Eigentumes bezüglich eines speziellen Gegenstandes[5] begründet ist. Für solche Fälle ist „nur für die Auseinandersetzung" die nachträgliche Schätzung in § 733 BGB. vorgesehen. Diese Schätzung ist aber anderer Art als die in § 706. In § 733 wird im Gegensatze zu § 706 ein Recht gegen die übrigen Gesellschafter auf objektive Ermittlung[6] des Wertes zur Zeit der Einbringung begründet, während für die Schätzung des § 706 nur dann der objektive Wert zu ermitteln ist, wenn nicht andere Anhaltspunkte für die Schätzung im Gesellschaftsvertrag gegeben sind.

Weiterhin ist in § 706 BGB. eine Schätzung zum Zwecke der Gewinnverteilung und nach Handelsrecht der Wertansatz in der Inventur

[1] § 731, 753 BGB. Letzteres kein Satz aus der Gemeinschafts- sondern aus der allgemeinen Vermögenslehre.

[2] Prot. zu AHGB. 994 ff. Lastig 335 ff. Birkmeyer 290 ff. 302 ff. Laband XXXI 47. Bering, ZfHR. XVIII 609 f.

[3] GenTh. 535 Nr. 1 i. f. Lang II 345 Nr. 10.

[4] Hier Formvorschrift § 313 unnötig, da diese Schätzungsabmachung nicht zusammengehört mit der Verpflichtung zur Einbringung des Grundstückes.

[5] Dies darf man nicht aus einer Umkehrung des § 706 BGB. entnehmen, vielmehr steht es im freien Willen des zur Einbringung Verpflichteten, ob er sich nicht mit § 733 BGB. begnügen will. Vgl. oben Text.

[6] Charakter der Aestimatio taxationis causa im Gegensatz zur obigen „venditionis causa". Über Charakter der Einbringung, ob Kauf oder Veräusserungsgeschäft „sui generis" (Ersatz des Wertes) unten § 25.

mit Wirkung für die Bilanz § 39 ff. HGB. vorgesehen. Sie wird durchgeführt im speziellen Falle durch vertragsmässige Vereinbarung meist nach generellen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages im Verwaltungswege. Die einzelnen Gesellschafter haben nur das Recht auf Abschluss einer Vereinbarung bzw. auf Durchführung nach den Vertragsbestimmungen. Um Ansetzung des objektiven sachgemässen Wertes[1] handelt es sich letzterenfalls nicht, es ist durchaus der Willkür der Vereinbarenden überlassen. Übungsgemäss wird allgemein der natürlichen Entwertung der Gegenstände durch Gebrauch und Verbrauch mittelst prozentualer Abschreibung am Wertansatz Rechnung getragen.

Für dritte Unbeteiligte besteht, abgesehen von den Fällen, dass sie durch Anteilspfändung, Erbschaft in die Stellung eines Gesellschafters eingetreten sind[2], ein Anrecht auf richtige Durchführung[3] nur nach den Anfechtungsgesetzen und nach den Regeln des § 823 BGB. namentlich bei schuldhaft zu hohem Bilanzansatz[4] und für die Liquidation einer offenen Handelsgesellschaft nach § 158 HGB, nicht aber für die Auseinandersetzung in den §§ 733 ff. BGB. Im übrigen ist nur für das Verhältnis unter den Gesellschaftern eine bindende Feststellung getroffen, mit Wirkung vor allem bei Festsetzung des Auseinandersetzungsanteiles[5]. Jedoch kann jederzeit diese Feststellung durch entgegengesetzte Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern abgeändert oder wieder aufgehoben werden.

Geschätzt wird teils nur der Veräusserungswert von Gegenständen, in § 706 BGB. sind nur Sachen erwähnt, in § 733 Einlagen. Not-

[1] Laband XXXI 46 47 ff. N. 71 72. Knoke 130. Vgl. Lastig 352 zu N. 9.

[2] Es handelt sich um interne Obligationsverhältnisse mit beschränkter Fernwirkung. Vgl. § 725 BGB.

[3] Vgl. über direkten Rechtszwang § 823 Abs. 2 BGB. und Literatur darüber; vgl. aber auch den Offenbarungseid im Zwangsvollstreckungsstadium.

[4] Wenn davon vom Beschädigten Mitteilung gemacht ist; eine Veröffentlichung der Bilanz ist hier nicht vorgeschrieben, sie wird auch nicht bei den Handelsregisterakten eingereicht. Öffentliche Rechtspflicht zu zeitgemäss richtigem Wertansatz § 40 Abs. 2 und 3 HGB. Staub § 120 N. 2.

[5] Nicht dagegen für Dritte, z. B. bei einem Antrag auf Konkurseröffnung, namentlich auch nicht ihnen gegenüber. So namentlich auch nicht für Erben eines Gesellschafters in der Nachlassteilung bezüglich des wahren Wertes des Gesellschaftsanteiles. Klage auf Feststellung des wahren Wertes bei Fortbestehen haben die Erben nur im Fall ihr Teil ausgeschieden wird (aus § 738 Abs. 2, der nur einen Anwendungsfall des § 733 BGB. darstellt).

wendig ist, dass ein Veräusserungswert dieser Gegenstände, also Eigentum und sonstige veräusserliche Rechte in das Sondervermögen übergegangen ist, nur solche werden i. S. d. §§ 706 733 zur Bildung des Anteilsanspruches geschätzt. Eingebrachte Rechte auf Gebrauch oder auf Dienste, also die Schätzung eines Gebrauchswertes, ist im Gesetze nicht vorgesehen, ja für den Regelfall direkt verneint — § 732 BGB. —. Diese Gegenstände sind im Zweifel auch unveräusserlich und fallen mit der Auseinandersetzung einfach weg. Gegenteiliges kann allerdings im Vertrag bestimmt sein, und es ist im Zweifelsfall § 612 Abs. 2 bzw. § 632 Abs. 2 in Verbindung mit § 675 BGB. analog anzuwenden.

Bei der Schätzung zu Bilanzzwecken[1] ist vielfach nach im Gesellschaftsvertrage vorgesehenen Bestimmungen eine andere Grundlage als die des Veräusserungswertes gegeben, hier werden regelmässig auch die Rechte auf Gebrauch und Dienste mit einem bestimmten Wertansatz einzustellen sein, und zwar auch noch im Liquidationsstadium[2].

Eine Form für die Schätzung ist nur in § 40 HGB. vorgesehen[3].

2. Das Surrogationsprinzip bei entgeltlichen Verfügungen — § 718 BGB. — ermöglicht vor allem den Wertungsverkauf[4], der erzielte Preis tritt notwendig in das Sondervermögen. Mangels vertragsmässig entgegengesetzter Vereinbarung[5] hat bei der Auseinandersetzung jeder Gesellschafter ein Recht auf Durchführung desselben gemäss § 753, 731 Satz 2 BGB. Nach § 753 BGB. selbst ist das Gesellschaftsvermögen nur „soweit erforderlich“ in Geld umzusetzen. Nach § 158 HGB. steht der Anspruch auf Durchführung des Wertungsverkaufes bei der Liquidation trotz anderer entgegenstehender Abmachung der Gesellschafter auch Dritten zu.

---

[1] Mit Wirkung nach aussen wie oben S. 42 N. 4. Nicht richtig Staub, Exkurs zu § 122 Art. 3. Auch Recht auf Leistung von Diensten ist ein Vermögensrecht. Fälschlich Knoke 77 Abs. 1 i. l.

[2] Denn hier dauern solche Rechte noch fort, soweit sie nur werterhöhend wirken und nicht bloss Gesellschaftszwecken dienen, welche im Rahmen der Liquidationsgeschäfte nicht mehr fortwirken. RG. XVI 24. Knoke 78.

[3] Vgl. S. 41 N. 2. Anders im Aktienrecht § 186 Abs. 2 HGB.

[4] § 733 Abs. 3, 731, 753 BGB. in Verbindung mit § 123 ff. eod. und § 180 ff. ZwVGes.

[5] Ihr Inhalt ist der einer Annahme an Zahlungs Statt. Vgl. § 364 f. BGB., kann aber schon im Gesellschaftsvertrage vorweg genommen sein. Vgl. Planck zu § 733 N. 3.

§ 11.

Vermögensverzeichnis, Inventur, Bilanz.

Das BGB. benützt an verschiedenen Stellen das Vermögensverzeichnis[1] oder Inventar[2], allerdings sind bei der bürgerlichen Gesellschaft derartige Bestimmungen im Gesetz nicht vorgesehen. Vertragsmässig[3] kann jedoch ein solches auch hier vorgeschrieben sein. Das HGB. unterstellt, im Gegensatz zum Aktienrecht, ohne ausführliche Bestimmungen[4] die offene Handelsgesellschaft den Regeln über das Vermögen des Einzelkaufmannes.

Wie speziell schon für die Schätzung ausgeführt, handelt es sich um eine von der Rechtsordnung auferlegte Rechtspflicht[5]. Da eine Publizität aber nicht vorliegt, so hat privatrechtlich eine Verletzung nach aussen[6] Rechtsfolgen nur unter den Voraussetzungen der §§ 823 und 826. Die Frage, ob § 823 Abs. 2 zutrifft, ist sonach für die Gesellschaften genau in demselben Sinne zu beantworten wie für den Einzelkaufmann, hier also nicht näher auszuführen.

Da aber hier an Stelle des Einzelkaufmannes auf Grund Rechtsverhältnisses mehrere stehen, welche auf Grund eines bestimmten Rechtsverhältnisses den gesetzlichen oder vertragsmässigen Bestimmungen gemäss zur Verwaltung des Sondervermögens zusammenzuwirken haben, so sind die Gesellschafter sich gegenseitig zur vertragsmässigen Durchführung verbunden[7].

Danach bestimmt sich das Erfordernis der objektiven Richtigkeit des Inhaltes der Inventur und Bilanz lediglich nach den Bestimmungen

---

[1] Historisches vgl. Keller-Wach § 85 Nr. 1059f. End. I § 171 Nr. 30; II § 80 Nr. 17.

[2] Zweifache Bedeutung von Inventar in BGB. **a)** Verzeichnis eines Inbegriffes oder Vermögens, also eine Rechtsform § 1035 1048 1640 1669 1994ff. **b)** Als Bezeichnung für den materiellen Inbegriff selbst § 586—590. Zu dem Gegensatz vgl. § 260 und § 254 ZPO.

[3] Erl. zu E I Heft 18 S. 109. Renaud (KG.) § 35. Planck zu § 721 Mot. II 616.

[4] § 261 HGB. und § 265.

[5] Vgl. S. 41 42.

[6] Über § 823 Abs. 2 vgl. S. 42 N. 6 ROHG. VIII 41 42. „Eintragung oder Nichteintragung infolge ungenauer oder doloser Buchführung können Rechtswirkungen nicht haben.“ Vgl. dagegen über Württemberg — Beibringensinventar — Lang II § 50.

[7] Bei vertragswidriger Errichtung, Klage auf Richtigstellung, Renaud (KG.) 243.

des Gesellschaftsvertrages. Jederzeit kann der Vertrag bestimmen, dass von den Regeln für eine objektive Schätzung des Wertes abzuweichen sei, und dementsprechend kann jederzeit gegen die Gesellschafter auf Anerkennung des nach den Vertragsgrundsätzen ausgeführten, aber objektiv unrichtigen Inhaltes eines Inventares bzw. der darauf fussenden Bilanz geklagt werden[1]. Dagegen ist nach Treu und Glauben — § 134 138 242 BGB. — eine Einrede möglich, wenn zugunsten Dritter etwa aus § 823 826 gegen den eingeklagten Gesellschafter, welcher zur Anerkennung eines solchen Inventares angehalten werden soll, aus der Tatsache der Mitwirkung an einem solchen Inventar ein Anspruch zu erwarten ist.

Wenn ein solches Vermögensverzeichnis und Inventar auch in Prozess- und Zwangsvollstreckungsverhältnissen mit Dritten[2] Beweiswert hat und deshalb auch eine über § 809 ff. BGB. hinausgehende Editionspflicht zwar nicht bei vertragsmässigen Verzeichnissen der bürgerlichen Gesellschaft, doch aber nach § 45 HGB. im HR. besteht, so bleibt es Dritten weiterhin stets unbenommen, durch andere Beweismittel, namentlich durch Erzwingung des Offenbarungseides, den wahren Vermögensbestand darzulegen[3].

Die frühere Rechtsvermutung aus dem Inventar ist gefallen[4].

Lokalisierung.

§ 12.

Für die offene Handelsgesellschaft[5] ergibt sich ein Sitz mit den gesetzlichen Wirkungen eines solchen für Prozessverhältnisse § 17 ff.

---

[1] Dies gilt namentlich für Dritte welche in die Gesellschafterstellung selbst eingerückt sind. (Fernwirkung) namentlich auch gegen den aus § 725 pfändenden Gläubiger, gegen Erben i. S. d. §§ 727 730 und für Ausgeschiedene und Ausgeschlossene § 740. Unterscheidung zwischen Inventar und Bilanz Busch VII 349 ff. RGStr. XVI 55.

[2] Dies gilt namentlich auch für Dritte, welche Rechtsnachfolger der Sonder-Handels-Vermögen werden, § 419 BGB., § 25 28 HGB. dazu § 254 ZPO. Fürs frühere Recht SA. XII 140; III 329; VII 283 (Inventarpfändungen für BGB. unmöglich).

[3] Ent. II zu AHGB. Art. 27 28. Prot. 993 4527. Bekker, Zweckvermögen 550.

[4] S. 32.

[5] Vgl. § 24 BGB. MG. 134 Nr. 2. v. Hahn zu Art. 86 § 3—5 bezüglich Gleichheit des Firmennamens. RG. XVI 17.

ZPO. — wie für Rechtsverhältnisse aktiver und passiver Natur — § 269 BGB. — aus § 106 HGB. Im Zweifel ist massgebender Ort der Sitz der Verwaltung gemäss den vertragsmässigen Bestimmungen[1], nach der ersten Eintragung ist der Sitz aus dem Handelsregister des Registergerichtes des ersten Sitzes ersichtlich, § 106 107 HGB.

Für die bürgerliche Gesellschaft fehlt es an einem einheitlichen Sitze, sobald nicht alle Gesellschafter denselben Wohnsitz haben, namentlich besteht aber auch bei der notwendigen Einheitlichkeit aller Beziehungen der Gesellschafter zum Sondervermögen — namentlich bei Prozessverhältnissen notwendige Streitgenossenschaft, bei Rechtsverhältnissen mindestens i. S. d. § 432 BGB. — kein Sitz am Wohnsitz eines jeden Gesellschafters. Es muss daher für Prozessverhältnisse ein Gerichtsstand des Kommissoriums i. S. d. § 36 Nr. 3 ZPO. bestimmt werden. Ein Erfüllungsort für die Rechtsverhältnisse i. S. d. § 269 BGB. wird sich meist aus objektiven Beziehungen der Rechtsverhältnisse zum Gesellschaftszweck ergeben.

§ 13.

Die ausschliessliche und einheitliche Zugehörigkeit der Rechte zum Sondervermögen und die Einzelgesellschafter.

Weder materiell noch formell stehen die Rechte im Sondervermögen zu den Privatvermögen in irgendeiner sonst zwischen Rechten und dem Vermögen, zu welchem sie gehören, vorkommenden Zugehörigkeitsbeziehung. Soweit die einzelnen Rechte früher in das Privatvermögen gehörten, müssen sie auf dem zwischen verschiedenen Vermögen allein denkbaren Wege durch Übertragungsakt völlig ausgeschieden sein. Sonst fehlt die Grundlage für die namentlich in § 718 - 720 vorgeschriebene selbständige Ausnützung und Verwaltung.

Dies ist das Resultat einer langen Entwicklung in Theorie[2] und

[1] End. II § 37 Nr. 10. Vgl. auch Denkschrift zu NHGB. 97.

[2] Die Frage wird in den Prot. zu BGB. völlig in gleicher Weise wieder erörtert wie in den NürnbProt., und es kommt zu der unentschiedenen Lösung des § 719 BGB. Prot. II 426 429 430. Besser die dritte Meinung: „Reale Sonderung, Ablehnung des Gedankens des Miteigentumes und der gleichen Quoten". NürnbProt. 1027. Dem § 719 entspricht eine lavierende Stellung in der Praxis ROHG. 12 361. — Ungenügend ist auch das blosse Erklärungsmittel: „Gesamte Hand". GenTh. 245 u. a. O. Mathias I 550. Örtmann 442. Knoke 9 „Hauptmerkmale". —

Praxis[1], ausgebildet namentlich gerade anlässlich der Frage, ob bei der Einbringung aus Privatvermögen das ganze Recht übertragen werde oder ob ein ideeller Anteil im Sinne des Gemeinschaftsrechtes für das Privatvermögen bestehen bleibe.

Noch im Entwurf I — Mot. Mugdan II 344 war ausdrücklich vorgesehen, dass dem Veräusserungsverbot am Teile der einzelnen Rechte nur obligatorische Wirkung unter den Gesellschaftern zukomme. In der Kommission für die zweite Lesung wurde durch Abstimmung der Prinzipalantrag auf Beibehaltung dieses römisch-rechtlichen Standpunktes abgelehnt, und es kam auf Grund der Zusatzanträge kraft Mehrheitsbeschlusses das in den vorstehenden Paragraphen geschilderte Prinzip der notwendig einheitlichen Ausnützung und Verwaltung als das „Gesamthandprinzip" in § 719 der heutigen Fassung — „kann nicht verfügen" — ins Gesetz. Damit ist auch für die Forderungen das römisch-rechtliche Prinzip „nomina ipso jure divisa" abgelehnt.

Da irgendein „materielle Zugehörigkeit zu den Privatvermögen" darstellender Inhalt für derartige Anteilsrechte an den Sondervermögensrechten fehlt, sind solche auch nicht vorhanden[2], soweit nicht etwa in Nebengesetzen die im Gesetze gebrauchte Bezeichnung „Anteil am eigenen Recht" bei Nebenzwecken verwendet wird, so im Württembergischen Umsatzsteuergesetz. An sich ist eine begriffliche Existenz, wie in § 719 BGB., ohne jegliche tatsächliche Unterlage und ohne zu Fiktionszwecken dienen zu sollen, ein Unding, ein den Tatsachen nicht entsprechender falscher logischer Schluss. Von einer Fiktion ist im Zivilrecht jedenfalls nicht die Rede, da hier die Rechtsordnung einheitliche Zugehörigkeit zum Sondervermögen prinzipiell und durchweg fordert, also gerade das Gegenteil von dem, was mit

---

Selbständige Erklärungen: v. Hahn I 339 343. Renaud § 61 und S. 227. Thöl (6. A.) I § 96 S. 329 „Ideelle Teile" unpraktisch gegen Keysser, l. c. 83. Kunze, l. c. 205 wie Thöl. VoR. 20 „Denkform ohne reellen Gehalt". Condominialquoten Laband XXXI 51 ff.

[1] RG. XXV 257. Juristische Person XXX 152; XXXII 253 ff. Rassow-Künzel XXVII 581; XXVIII 249; XXXI 1018. Jur. Woch. (1895) 332 „Selbständigkeit des Sondervermögens". Gr. XX 240; XXXVII 1156; XXXIX 85 ff.

[2] Es hat danach keinen Sinn, von dinglicher Gebundenheit des Gesellschafters zu reden, wenn er gar keine dingliche Mitberechtigung hat. Anders Knoke 91 vgl. 94 „es liegt weder logisches noch praktisches Bedürfnis vor". Dann sind eben Anteile nicht vorhanden. Was übrigens eine rechnerisch nicht bestimmbare dingliche Mitberechtigung am einzelnen Gegenstand rechtlich sein soll, wird wohl ein Rätsel bleiben.

der Anerkennung von Anteilsrechten an den einzelnen Gegenständen bezweckt werden könnte. Ebensowenig besteht, da ein Universalrecht am Sondervermögen als Objekt nicht anerkannt ist, ein Teilrecht an einem solchen zugunsten eines jeden Privatvermögens[1].

Die Beziehungen zu den Inhabern des Privatvermögens beschränken sich auf folgendes. Einmal besteht zwischen den Rechten des Sondervermögens und den Personen der Gesellschafter zu Individualisierungszwecken ein subjektiv formeller[2] Zusammenhang, andererseits werden eine Reihe rein[3] persönlicher Vorkommnisse in den Personen der Gesellschafter für die Rechte im Sondervermögen von Bedeutung.

Während die erstere Art von Beziehungen allerdings Zugehörigkeitsbeziehungen sind, die aber stets nur zu allen Gesellschaftern in notwendig einheitlicher Gestalt bestehen können, stellt die andere Art rein persönlicher Beziehungen gerade keine[4] typischen Zugehörigkeitsbeziehungen zwischen Vermögen und den zugehörigen Rechten dar. Das Eigentümliche ist, dass diese persönlichen Beziehungen in ihrer persönlichen Eigenart ebenso, wie für die Rechte des Sondervermögens, für die Rechte in den betreffenden Privatvermögen gegeben sind. Aber auch bei diesen rühren sie nur von der Notwendigkeit her, dass für Rechte in jeglicher Vermögenseinheit bestimmte rechtshandlungsfähige Menschen vorhanden sein müssen, welche für die Schicksale und Wirkungen der Rechte in bzw. auf die zugehörige Vermögenssphäre massgebend sind. Diese Notwendigkeit ist aber erst eine Konsequenz der Zugehörigkeit und hat mit der Zugehörigkeit selbst nichts zu tun. Hat der individuelle Inhaber eines Vermögens die persönliche Rechtshandlungsfähigkeit nicht, so ist er zwar für die formelle Individualisierung massgebend, nicht aber für die erwähnten rein persön-

[1] Richtig Knoke 92 zu Nr. 2.

[2] So der Name RG. LVII 92.

[3] Das „persönliche Kennen und Kennenmüssen".

[4] Man darf logischerweise von dinglicher Berechtigung oder Mitberechtigung dann überhaupt nicht reden, wenn ein dinglicher, tatsächlicher objektiver Machtausübungsinhalt gar nicht vorhanden ist. Vgl. das alte Obereigentum. Anders Knoke 91. Etwas anderes ist die absolute Gültigkeit dieser Subjektsbeziehungen, die keine subjektiven Berechtigungen (d. h. Zustehen des objektiven Rechtsgehaltes [Befehles W.] an ein Subjekt), sondern höchstens subjektive Befugnisse sind. Vgl. W. § 37 mit seiner scharfen Scheidung zwischen dinglicher tatsächlicher Berechtigung N. 1 und der Befugnisse durch den Willen, Rechtswirkungen hervorzubringen. N. 2 vgl. namentlich N. 3.

lichen Beziehungen. In letzterer Beziehung wird er dann durch andere Menschen ersetzt, welche zu ihm und seinem Vermögen vermögensrechtlich in derselben obligatorischen, gegebenenfalls mit absoluten Vollmachtswirkungen ausgestatteten Rechtsbeziehung — Geschäftsführung — stehen wie Organe zur juristischen Person und Gesellschafter zum Gesellschaftsvermögen.

Diese persönlichen Eigenschaften der Gesellschafter, namentlich der Geschäftsführenden, kommen gegebenenfalls gleichmässig für das Gesellschaftsvermögen wie für das Privatvermögen in Betracht.

Weder die formellen subjektiven noch die rein persönlichen Beziehungen der Gesellschafter zu den Gesellschaftsvermögensrechten stellen den wesentlichen Inhalt der dinglichen Berechtigung an diesen Rechten dar. Dagegen sind sie von absoluter Gültigkeit. Sie sind keine subjektiven Berechtigungen, auf Grund deren der objektive Rechtsgehalt der Rechte den einzelnen Gesellschaftern zustünde, sondern nur subjektive Befugnisse. Der Inhalt der dinglichen Berechtigung an den Rechten erschöpft sich vielmehr in der sachlichen Zugehörigkeit der Rechte bezüglich Ausnützung und Verwertbarkeit an das Gesellschaftsvermögen.

Die Zugehörigkeit von Rechten zu einem Vermögen bzw. einem Rechtsmittelpunkt, für den die Rechte ausgeübt und verwaltet werden sollen, muss stets eine einheitliche und ausschliessliche[1] sein, zum mindesten an einem im Wertgehalte des Gegenstandes stets darstellbaren Teile des Rechtes. Ausnützung und Verwertung und die hierauf bezügliche Verwaltung und ebenso die Verfügung muss stets reell einheitlich vor sich gehen. Teilung ist nur möglich, soweit der Gegenstand der Rechtsherrschaft, der Machtausübung, räumlich teilbar ist, also bis hinab zum Rechtsatom, der ziffermässig darstellbaren anerkannten kleinsten Werteinheit, oder soweit derselbe zur Herrschaftsausübung in zeitlichen Teilen, d. h. nacheinander, verschiedenen Vermögen zugewiesen werden kann[2]. Die kleinste Teilmachtausübung muss aber rechtlich ausschliesslich und einheitlich einem Vermögen zukommen, dies ist der richtige Kern des Satzes „Condominium plurium in solidum

[1] Subjektlos können Rechte bzw. Teilrechte sein, vermögenslos heutzutage noch nicht, also ist der Vermögensbegriff der rechtlich bedeutungsvollere.

[2] Räumlich-körperliche und zeitliche Teilung sind die einzigen Lösungsmöglichkeiten des Gemeinschaftsproblems für dingliche, d. h. gegenwärtig bestehende Machtausübung; beim zeitlichen bedarf es sogar schon des obligatorischen Anspruches auf künftige Überlassung, Ersatz für Teilung in Natur stets der Wertungsverkauf.

impossibile". Hier handelt es sich um eine tatsächliche Unmöglichkeit in der äusseren Erscheinungswelt, Machtausübung am Atom in demselben Zeitteil kann nur eine einheitliche[1] sein, die kleinste Werteinheit kann nur in einem und für ein Vermögen wirken.

Auf dieser natürlichen Unmöglichkeit beruht der logische Gegensatz zwischen der Gemeinschaft mit nach aussen bestehenden, also absoluten selbständigen Teilrechten bzw. nur möglicher rein obligatorischer Gebundenheit zur einheitlichen Ausübung und der einheitlichen Vermögenszugehörigkeit mit der absoluten Wirkung der nur einheitlich möglichen Disposition. Dort bezieht sich alles prinzipiell nur auf den Teil, hier prinzipiell alles auf das Ganze. Das Ganze soll letzterenfalls materiell einheitlich, also in seinem ganzen dinglichen Rechtsgehalte dem Sonderzwecke dienen. Die Konsequenz davon ist, dass Verfügung und Verwaltung notwendig einheitlich vor sich gehen muss. Dies wollte der Antrag in § 4 Abs. 1 Satz 3 in den Kommissionsprotokollen ausdrücklich im Gesetze festlegen. Im Gesetze selbst ist es ohne einen besonderen Hinweis durch das Nebeneinanderstehen der §§ 718—720 und 709—713 BGB. zur Geltung gekommen.

Die von der tatsächlichen objektiven Vermögenszugehörigkeit ihrem Wesen nach zu scheidenden rein persönlichen Beziehungen dagegen, welche nur bei der rein technischen Rechtsverwirklichung[2] der Rechte im Rechtsverkehr und Rechtsstreit von Bedeutung werden, können für ein Recht gleichzeitig einer beliebigen Zahl von Personen zustehen, willkürlich kann die Bedeutung der einzelnen Person festgelegt sein — § 710—712 BGB. —, danach kann bestimmt sein, dass im Gegensatz zu den Individualisierungsbeziehungen die rein persönlichen Beziehungen nur nach den Personen der Geschäftsführer zu beurteilen sind. Sie findet nur ihre Grenze nach unten an der Einheit der natürlichen Person und ihres Willens, der entweder als Ganzes oder gar nicht in Wirkung tritt, aber als Splitter[3] tatsächlich keine Wirkung ausüben

[1] Das heisst in jedem Augenblicke muss eine der verschiedenen streitigen Einwirkungskräfte (Bewegungen, Anziehungen, Abstossungen) die Oberhand haben. — Diese Naturerscheinung behandelt die Rechtsordnung, indem sie begrifflich fiktive Einheiten schafft, zu ihnen Zugehörigkeit erfordert und den Wechsel in derselben nur in bestimmten Formen — Übergang und Übertragung — zulässt. Zur Einteilung in die Einheiten dient die Wertung.

[2] Person als Rechtssubjekt nur noch ersetzbarer Funktionär bei der Rechtsverwirklichung.

[3] Daraus sucht Gierke tatsächlich unmöglich erscheinende Konsequenzen abzuleiten. Wille, Handlungsfähigkeit juristischer Personen.

kann; daher muss z. B. die Bösgläubigkeit einer Person bezüglich eines Verhältnisses des Privatvermögens, wenn dieses tatsächlich im gegebenen Falle mit einem Verhältnisse des Sondervermögens zusammenfällt[1], auch mit Notwendigkeit gegen das Sondervermögen wirken, es sei denn, dass der Wille dieser konkreten Person nach den Bestimmungen über die Geschäftsführung des Sondervermögens für dieses nicht in Betracht kommt.

Soweit vom positiven Recht mit Bezug auf die notwendig einheitliche Ausübung der Rechte derartige persönliche Beziehungen für ein Recht zu mehreren verlangt sind, tritt die von dem Vorhandensein der Beziehung abhängige Rechtswirkung nur dann ein, wenn das geforderte summierte Vorhandensein der Beziehung zu allen, bezüglich deren (alle Geschäftsführer, alle Gesellschafter) es verlangt wird, erwiesen ist. Doch werden gerade in dieser Richtung gewisse Ausnahmen zugelassen, so für den Fall des § 709 die Bestimmungen über vermutete gegenseitige Vertretung mehrerer notwendiger Streitgenossen — § 62 ZPO. — und bei der Eidesleistung — § 472 ZPO. — Bei beiden Arten von persönlichen Beziehungen — den formellen und rein persönlichen — kann das gleichzeitige Vorliegen der Beziehung zu allen Gesellschaftern notwendig werden; bei den formellen ist es für die Individualisierung unbedingt notwendig. Bei den rein persönlichen Beziehungen — psychische Willen- und Wissensvorgänge — müssen, soweit nicht tatsächliche Hindernisse vorliegen (psychische Störungen), die geforderten Beziehungen dann eben bei den betreffenden Personen vorliegen, notwendigerweise ist damit ein jeder von dem Handeln des anderen abhängig. Gegenseitig sind die mehreren Beteiligten einander obligatorisch verpflichtet, diese Verpflichtungen sind, soweit nicht Ersetzbarkeit gesetzlich zulässig ist (§ 894 ZPO.), rein persönlicher Natur und von aussen nicht direkt erzwingbar. Damit ist auch jede Fortdauer einer Interessenvielheit von dem tatsächlichen stetigen künftigen[2] subjektiven Zusammenstimmen abhängig. Nur durch Fiktion — juristische Person — und objektive Einheitseinrichtungen — Sondervermögen mit eigener Verwaltung (§ 745 710 BGB.) kann dem

[1] Ein bösgläubig fürs Privatvermögen erworbenes Recht wird ins Gesellschaftsvermögen eingebracht. Dolus bei Verhandlungen als Privatmann schadet, wenn daraus Rechtswirkungen für die Gesellschaft abgeleitet werden sollen. Zu anderem Resultate musste Gierke kommen. Wie oben Knoke 96 N. 10 11 Literatur.

[2] § 705 BGB.

abgeholfen werden, indem die Rechtsordnung dadurch von sich aus die künftig etwa fehlende subjektive[1] Einheit aller Beteiligten zwangsweise durch die alleinerforderliche Mitwirkung der Organe bzw. Geschäftsführer ersetzt.

Nach aussen erfolgt Verwaltung und Verfügung notwendig in derselben Weise einheitlich wie bei Gegenständen der Vermögen, welche einem individuellen Rechtsträger zustehen. Ebenso sind die Rechte zugunsten dritter Berechtigter in gleicher Weise gebunden wie bei einem sonstigen selbständigen Vermögen.

Nach innen erscheinen die besonderen Beziehungen persönlicher Art und die Ansprüche auf Beteiligung an dem materiellen Ergebnisse der Zweckverwaltung in einem Rechtsverhältnisse ganz eigener Art mit den verschiedenartigsten Einzelrechtswirkungen zusammengefasst — in dem „Anteil am Gesellschaftsvermögen und den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen". Man darf nach allem in diesem Anteil an den einzeln dazu gehörigen Gegenständen des § 719 BGB. nicht ein dingliches Teilrecht i. S. d. §§ 741 ff. 429 ff. BGB. sehen. Indem § 719 den wichtigsten Inhalt eines solchen Teilrechtes, nämlich die selbständige Verwertungsmöglichkeit, abgesehen von den sonstigen Bestimmungen über notwendig einheitliche Ausnützung und Verwaltung der gemeinschaftlichen Gegenstände des Sondervermögens — § 713 Abs. 1 718 Abs. 1 und 2 BGB. verneint, wird der letzte noch denkbare Inhaltsrest eines Teilrechtes ausgeschlossen. § 719 hat sonach rein negative Bedeutung, wenn auch der zu Missverständnissen veranlassende Ausdruck „seinen Anteil an den einzelnen Gegenständen" positiven Anschein hat.

Laband und Gierke lassen diesen Anteil in ihren nicht gerade bis ins einzelne durchkonstruierten wandelbaren dinglichen Wertanteilsrechten am Vermögen aufgehen; da beide aber eventuell negative Natur anerkennen müssen, so muss aufs nachdrücklichste die dingliche Natur bestritten werden, denn Machtausübung, der wesentliche Inhalt jeder dinglichen Berechtigung, kann nur positiv sein.

Wie wir im Anteil am Vermögen nur eine Bezeichnung für eine Rechtstellung sehen, welche die verschiedenartigsten Rechtsverhältnisse enthält, so will der Begriff „der Anteil an den einzelnen Gegenständen" nichts sein als ein Hinweis auf die oben dargestellten subjektiv

[1] Vgl. Stifter-, Erblasserwillen.

formellen und rein persönlichen, aber gerade inhaltlich nicht dinglichen Beziehungen der Rechtsgegenstände zu den einzelnen Gesellschaftern[1].

[1] RG. LX 128. Vgl. § 2033 Abs. 2 BGB. Knoke 84 ff. Ehrenberg (GK.) 230. VoR. 16 ff. Planck 719. Staub 386. Namentlich Makower 186. Oberneck GO. 326. Staub Art. 24 zu § 122. „Ziffermässige Berechnung nach Cosack 543. Dazu Laband XXXI 57 ff. Weiter vgl. Zitate Knoke 92 N. 2 3; 94 N. 9. Man darf dann aber nicht immer mit dem „Anteil an den Gegenständen" operieren, wie Knoke 87. Entweder gibt es Anteile oder keine, nicht beides nebeneinander.

Zweiter Abschnitt.

Die Rechtsverhältnisse und Rechtsgeschäfte beim Sondervermögen.

Die Dynamik des Sondervermögens.

a) Sondervermögen und Drittvermögen.

§ 14.

Beschränkte dingliche Rechts- und Werthaftungsansprüche am Gesellschaftsvermögen.

Einzelne Rechte wie ein Vermögen als Ganzes werden neben ihrer Eigenschaft als bestimmte dinglich zuständige Macht (bzw. deren aktiver Wert) durch ihre Beziehungen zu anderen Vermögen passiver Gegenstand von Rechten und Rechtsansprüchen, welche ihrerseits aktiv diesen anderen Vermögen zustehen. Die aktive Macht bzw. der Wert der einzelnen Rechtsgegenstände, welche ihrer formellen Individualisierung nach als völlig dem sie individualisierenden Vermögen zugehörig erscheinen, ist durch Absonderung eines gewissen Teiles ihres natürlichen wirtschaftlichen Gehaltes belastet (beschränkte dingliche Rechte) bzw. durch Ansprüche auf Zahlung eines bestimmten Wertteiles für diesen Wertteil zugunsten anderer Vermögen verhaftet[1] (der Werthaftungsanspruch). Zu unterscheiden hiervon ist, da infolge der formellen Zugehörigkeit als Eigentum usw. die sämtlichen Rechte trotz ihrer Belastung und Haftung veräussert werden können, die vollständige Bindung zugunsten anderer Vermögen, wodurch namentlich mittels

[1] Daher unzutreffend teilweise negative dingliche Rechte genannt, während in Wirklichkeit die beschränkt dinglichen Rechte gewisse positive Machtausübung gewähren, der Haftungsanspruch aber meist nur ein Rechtsschutzanspruch auf Wertteilung ist.

Rechtsformen die Haftung entweder trotz der Veräusserung ihre absolute Wirkung behält oder gewisse Rechte direkt und mit absoluter Wirkung erfasst und damit die Veräusserungsmöglichkeit ausgeschlossen wird. (Beschlagnahme usw.)

Von den beiden verwandten Erscheinungen ist das beschränkte dingliche Recht das ältere und hat einfacheren Bedürfnissen, namentlich bei der Sicherungsgebundenheit genügt, während heute der Sicherungszweck durch Zulassung eines Werthaftungsanspruches erreicht wird, sei es, dass dieser die gesamten vorhandenen Gegenstände eines Vermögens oder einen bestimmten Gegenstand bis zu einer bestimmten Wertgrenze verhaftet. Die Durchführung des Werthaftungsanspruches durch zwangsweises Eingreifen der Rechtsordnung ist im Mobiliar- und Immobilarzwangsversteigerungs- und im Konkursverfahren geregelt.

Gleichmässig findet sich bei beiden Arten, dass sie zunächst als Rechtsverhältnisse zwischen zwei selbständigen Vermögen eingerichtet wurden, dass jedoch infolge ihres rein objektiven Charakters die Voraussetzung des Vorhandenseins zweier selbständiger Vermögen wegfiel und diese Rechtsverhältnisse als rein objektive Beziehungen zwischen Rechten innerhalb desselben Vermögens fortbestehen, ja begründet werden können[1] — sog. Rechte an eigener Sache, wie sie schon im Gemeinschaftsrechte teilweise[2] vorhanden sind —. Beim Haftungsanspruch kommt namentlich dabei die Möglichkeit der beschränkten Haftung eines Inbegriffes oder eines Rechtes in einem Vermögen in Betracht, namentlich bei einer Mehrheit von Haftungsansprüchen an demselben Gegenstande sind auch solche, welche dem betreffenden Vermögen[3] selbst zustehen, zu berücksichtigen.

Eine Teilausnützung des primären Gehaltes kann bei den beschränkten dinglichen Rechten sowohl zugunsten fremder Vermögen als zugunsten bestimmter Einzelrechte festgelegt sein, ebenso ist der Haftungsanspruch rein objektiv, er bezweckt Wertausgleichung und Übertragung zwischen Vermögen wie auch zwischen Rechten.

Beidemal bleibt die Individualität und Persönlichkeit der Vermögenssubjekte völlig ausser Beachtung, der nominelle Inhaber hat

---

[1] Vgl. modernes Hypothekenrecht § 1177 1196 f. BGB. Niessbrauch § 1063 Abs. 2.

[2] § 1009 BGB.

[3] Bekker, Pand. I 141 „Wertrückforderungsklage", Abrechnungsverhältnis zwischen beiden Vermögen.

höchstens objektive[1] Funktion bei der Rechtsverwirklichung[2]. Dementsprechend ist auch die Rechtsverwirklichung objektiv im abstrakten Verfahren im wesentlichen ohne Rücksicht auf individuelle Verhältnisse der beteiligten Personen geregelt, danach stehen sich Inhaber fremder beteiligter Vermögen und derjenige des eigenen[3] im ganzen gleich. In einzelnen Fällen tritt sogar eine besondere Verwaltung für das betroffene Recht und Vermögen ein, bei individuellen Rechtssubjekten erscheinen hierbei noch gewisse höchstpersönliche Vorbehaltsansprüche, diese fallen bei Zweckvermögen und vollends bei juristischen Personen weg.

Hierin liegt der Hauptgegensatz zu den auf rein persönliche oder in erster Linie persönliche, nur durch Wertanspruch ersetzbare Leistungen gerichteten Forderungen, welche in passiver Beziehung als Schulden erscheinen. Im Gegensatze zu ihnen tritt bei den Werthaftungsansprüchen ein Untergang durch Konfusion bei Zusammentreffen von aktiver und passiver Seite nicht zu, bei den objektiven Wertteilungsverfahren behalten sie ihre volle[4] Bedeutung. Ähnlich wird im neueren Rechte die Konsolidation ausgeschlossen.

Beim Gesellschaftssondervermögen sind dinglich beschränkte Rechte an Gegenständen der Privatvermögen und umgekehrt selbstverständlich ebenso wie bei der Gemeinschaft möglich. Ohne weiteres anzuerkennen sind aktiv zugunsten des Sondervermögens Erbbaurechte, Reallasten und Vorkaufsrechte. Bei den persönlichen Reallasten und noch mehr bei den persönlichen Dienstbarkeitsrechten wird man die Möglichkeit der Bestellung zugunsten eines Gesellschaftsvermögens nur in den Fällen anerkennen können, in welchen die Zwecke der Gesellschaft noch in weitem Masse persönlicher Natur sind und es möglich ist, den Umfang einer persönlichen Berechtigung nach den Personen der mehreren Gesellschafter festzulegen — Benützung eines Gartengrundstückes für eine Gesellschaft, einen Verein —. Bei mehr objektiven

[1] So namentlich bei Reallasten — Leistungen aus dem Grundstücke. — Bei der Hypothek „Kündigungsadressat. Passiv für die Zwangsvollstreckung Legitimierter ist der nominell auf dem Grundbuchblatt Eingetragene". § 1141 1148 BGB.

[2] Hier ist nur der Wert der Rechte Gegenstand, Verwertung und Aufteilung Inhalt des Anspruches. Ähnlich objektive Leistungen bei Reallasten.

[3] End. II § 9 116, abstrakte (von individuellen subjektiven Momenten freie, rein objektive Wert-) Belastung. Namentlich 456. Vgl. N. 5.

[4] Unrichtig Renaud (KG.) 228 „Forderung (?) auf Wertsumme nicht konstruierbar, da der Fond kein Rechtssubjekt ist". Richtig Bruckmann § 35 Nr. 11.

Zwecken fehlt die Möglichkeit, einen derartigen persönlichen Gebrauch als Voraussetzung eines solchen Rechtes angeben zu können.

Werthaftungsansprüche zu Lasten des Sondervermögens als solchen wird man in einem Teile der Bereicherungsansprüche, namentlich aber in dem grossen Teile der Anteilsansprüche der Gesellschafter zu erblicken haben. Besonders gesetzlich festgelegt sind solche Werthaftungsansprüche am Sondervermögen im § 735 736 ZPO. und § 129 Abs. 4 HGB. Wir haben damit die gesonderte Zwangsvollstreckung ins Sondervermögen und bei der offenen Handelsgesellschaft auch den selbständigen Konkurs[1]. Für die Gesellschaft des BGB. ist die Möglichkeit eines Konkurses bestritten. Gegen die Möglichkeit eines solchen Konkurses[2] dürfte wohl kaum der Grund durchschlagen, dass die Gesellschaft „nicht wie ein Rechtssubjekt verklagt und ausgepfändet werden könne"; letzteres trifft ja nach § 736 ZPO. nicht zu. An sich sollte gerade die Möglichkeit der Einzelvollstreckung in das Sondervermögen die Zulassung des Konkurses als notwendige Konsequenz mit sich bringen. Die Verneinung dieser Möglichkeit für das geltende Recht lässt sich nur positiv rechtlich begründen, die §§ 209 213 KO. sind erschöpfend und geben nicht nur Beispiele.

Die Möglichkeit der besonderen Vollstreckung, überhaupt von Werthaftungsansprüchen und beschränkten dinglichen Rechten am Sondervermögen gibt nun aber systematisch nicht das Recht, hieraus die Natur des Gesellschaftsvermögens als selbständige subjektive Vermögenseinheit abzuleiten; nicht einmal die Zulässigkeit des Konkurses kann diesen Schluss gestatten. Denn gerade im Immobiliarzwangsversteigerungsverfahren, vollends bei Gesamthaftung mehrerer Grundstücke für einen Haftungsanspruch, ist etwas einem Konkurs über einen eigenartigen Inbegriff Analoges zu erblicken. Ebensowenig ergibt die absolut oder relativ, formell oder materiell beschränkte Haftung ein ausschlaggebendes Unterscheidungsmerkmal. Bei der offenen Handelsgesellschaft ist durch § 128 eine Subsidiärhaftung der Gesellschafter vorgeschrieben, welche ähnlich wie das Nebeneinanderstehen der persönlichen Forderung und der dinglichen Forderung bei einer Hypothek zu konstruieren ist. Andererseits ist für die bürgerliche Gesellschaft die Vereinbarung unbedingt beschränkter Haftung nur des

[1] KO. § 209 ff. NJ. I II § 705. RG. LX 97.

[2] Denn hier werden auch Forderungsrechte bzw. Schulden auf individuelles Handeln nur in soweit erfüllt, als sie sich auf einen Wertbetrag zurückführen lassen. KO. § 17—28 129 ff.

Sondervermögens vertragsmässig zulässig. Es handelt sich durchweg um Erscheinungen, wie sie auch innerhalb eines Vermögens eines Einzelindividuums für und gegen einzelne Rechte möglich sind.

§ 15.

Sondervermögensschulden.

Selbstverständliche Konsequenz des Begriffes Gesellschaftsvermögen in § 718 BGB. ist nach Staub die Haftung zunächst nur mit dem Sondervermögen[1]. So sind auch oben namentlich nach § 736 ZPO. Haftungsansprüche gegen das Gesellschaftsvermögen anerkannt. Es bleibt die Frage, ob es Sondervermögensschulden gibt. Letzteres ist von Schollmeyer[2] bestritten, § 733 BGB. spricht nur von gemeinschaftlichen Schulden, von „unter den Gesellschaftern geteilten und nicht geteilten", ohne sich über das Wesen der letzteren auszusprechen. Es sind Zweifel aufgekommen, ob dies Gesamt- oder Gesamthandschulden[3] seien.

Es sei hier aber sofort darauf hingewiesen, dass § 706 von gemeinschaftlichem Eigentum, § 718 von gemeinschaftlichen Vermögen spricht, und zwar von einem Eigentum, welches nicht nach den sonstigen Regeln von der Gemeinschaft, vom Miteigentum behandelt wird, wie sich dies aus den Bestimmungen der §§ 705 718 719 709 ff. ergibt. Es liegt also auch bezüglich des Ausdruckes „gemeinschaftlichen" Schulden kein Hindernis im Wege, auf Grund derselben sonstigen Bestimmungen abzuleiten, dass auch hier der Gebrauch des Ausdruckes

[1] Staub, Exkurs § 342. Anmerk. 12. Vgl. einerseits Bekker: „Vermögen haben heisst die gleichen Schulden haben". Doch treffen wir schon bei Rechten und Inbegriffen gleichartige Haftungsansprüche. — Andererseits Laband XXX 497 f. „Schulden für das Gesellschaftssondervermögen" unmöglich, da es keine „juristische Person", denn der Schulden können sich Gesellschafter nicht durch Privatdisposition entledigen; doch können sie dieselben durch Vertrag aufs Sondervermögen beschränken. Abweichend XXXI 21—23 25. „Passiva des Sondervermögens gehören zum Gesellschaftsfond". Es müssen dies Werthaftungsansprüche sein, so Ehrenberg: „Gesellschaftsvermögen ist Gegenstand formell (wegen § 128 HGB.) beschränkter Haftung". NJ. II § 705 Ziff. 7. Mot. Mugdan II, 342.

[2] Seite 72 ähnlich Mandry-Geib § 2 Abs. 2 4 für eheliches Güterrecht. Vgl. Literatur bei End. 1 § 96 N. 5a. VoR. Nr. 55 ff. Knoke 79 N. 1. GenTh. 521 bis 551 N. 2.

[3] Cosack § 38. Knoke 85 gegen Planck zu § 714 Nr. 4. Jörges 179 Art. 132a. Vgl. Unger-Jhering D. XXII. Renaud § 57 ff.

„gemeinschaftlich“ nicht mit Notwendigkeit die Anwendbarkeit der allgemeinen Sätze über gemeinschaftliche Schulden — § 420 ff. BGB. zur Folge hat.

Die genannten Zweifel werden durch § 736 ZPO. nur scheinbar beseitigt. Dieser Paragraph erkennt einen Vollstreckungstitel mit besonders gearteter Individualisierung ins Sondervermögen an. Ein passiver Vollstreckungstitel ist zwar auch die letzte rechtlich mögliche Erscheinungsform einer Schuld auf ihrem Wege zur Inhaltsverwirklichung, aber ebenso die eines Haftungsanspruches, und weiterhin enthält § 736 ZPO. nach herrschender Ansicht[1] ohne näheren Vermerk nicht einmal eine ausschliessliche Individualisierung aufs Gesellschaftsvermögen in passiver Beziehung.

Bei der offenen Handelsgesellschaft wird durch § 124 126 129 Abs. 4 die Möglichkeit gegeben, ausser Haftungsansprüchen auch Schulden des Gesellschaftsvermögens — Gesellschaftsschulden allgemein anzuerkennen.

Die Firma bietet hier das Mittel für eine ausschliessliche Individualisierung der Schulden in ihrer Zugehörigkeit zum Sondervermögen.

Es fragt sich nun zunächst, ist eine ausschliessliche Individualisierung für das Sondervermögen der bürgerlichen Gesellschaft in Analogie des § 124 HGB. möglich. Eck[2] leitet aus dem Fehlen einer dem § 128 HBG. entsprechenden Gesetzesbestimmung die Unmöglichkeit ab. Es wird für die grössere Zahl der Schuldverbindlichkeiten nun eine Form, speziell formelle Individualisierung, nicht gebraucht. Es ist deshalb die Möglichkeit vorhanden, dass eine nur gemäss § 736 ZPO. oder gar nicht individualisierte Schuld gleichzeitig als eine Gesamtschuld der Gesellschafter als Privatpersonen äusserlich erscheint. Es ist zunächst nur eine Konsequenz des § 164 BGB., dass, wenn von einer Mehrheit von Privatpersonen oder in Vertretung für eine solche Mehrheit rechtsgeschäftlich eine Schuld eingegangen wird und nicht nach aussen erkennbar ist, dass die Handelnden als „alle Gesellschafter oder für alle Gesellschafter, in

[1] Knoke 82 ff. und a. O. mit Literatur. Vgl. namentlich Cosack l. c. Schon bei Bekker, Zweckvermögen 524; Pand. I 142 „merci magis quam ipsi credidit“. Vgl. Fr. 5,[15] D. 14, 4 (vgl. dort die Frage zweier Handelsvermögen desselben Sklaven mit verschiedenen Gläubigern). Die Stelle bleibt grundlegend für das ganze Inbegriffsrecht. Servus — gesonderter Verwalter „mercis peculiaris creditores“. § 19 ibid. „nomen peculiare“. L 56 D. 15 1.

[2] I 555.

Geschäftsführung also mit Vertretung für das Gesellschaftsvermögen" handeln, die Verbindlichkeit die handelnden Personen bzw. die Personen, für welche gehandelt wird, als Privatpersonen trifft. Gerade aus diesen Vollmachtssätzen lässt sich umgekehrt aber auch nach Lage der Umstände ableiten, dass gewisse Schulden ihrem Inhalte nach nur mit dem Sondervermögen und für das Sondervermögen erfüllt werden sollen. Hier kommt es dann stets auf die Lage des einzelnen Falles[1] an.

Wenn nun „nur im einzelnen Fall" eine Verbindlichkeit — Schuld — vertragsmässig ausschliesslich auf die Gesellschaft individualisierbar ist, sei es formell oder nach unverkennbarem Vertragswillen, so dass also nur § 157 242 BGB. zur Durchführung der Beschränkung „im einzelnen Fall" herangezogen werden kann (als Exceptio doli), kann man dann überhaupt davon reden, dass es „typische Gesellschaftsschulden" mit ausschliesslicher Vollstreckbarkeit ins Sondervermögen, namentlich auch in Natur, dann aber auch in dem weiteren Stadium als Ersatzhaftungsanspruch nach § 276 ff. BGB. gibt, wie wir dies für den Haftungsanspruch anerkannt haben? Namentlich ausservertragsmässige Schulden, so aus Bereicherung und unerlaubter Handlung, wären dann ein für allemal als Sondervermögensschulden ausgeschlossen.

In der Tat besteht zwischen Schulden und dem rein objektiven Werthaftungsanspruch ein weitgehender Gegensatz. Der letztere bezieht sich teils nur auf den Wert eines Rechtes, gleicherweise bei Sonder- wie Privatvermögen, und entnimmt aus dem objektiven Rechte seine wesentliche Individualisierung, teils belastet er ausdrücklich nur die selbständig erkennbare Wertmasse „Sondervermögen"[2]. Der Gegensatz darf nicht deshalb verkannt werden, weil als letzte Erscheinungsform, so allgemein wie § 736 ZPO. lautet, alle den Gesellschaftern, sogar auch als Privatpersonen, gemeinsamen Schulden zum Vollstreckungstitel ins Gesellschaftsvermögen werden können[3]. Denn gerade das Wesentliche bei der Schuld, nämlich die Vollstreckbarkeit in Natur, ist nur möglich, wenn sich der Schuldinhalt auf Sondervermögensbestandteile beziehen kann. Sowie eine Ersatzvollstreckung in Geld vorgenommen wird, haben wir nur einen Werthaftungsanspruch, wie

[1] Müller, NJ. II 705 Ziff. 7. Staub, Exkurs zu § 342 N. 13 „im allgemeinen § 427 BGB. zutreffend, aber vertragsmässige Beschränkung möglich". RG. XII 229 Jur. Woch. 06/298. Weitere Literatur l. c. Anmerk. 14 bei Staub.

[2] Daher ROHG. „Verselbständigung des Vermögens notwendig, um selbständigen Gesellschaftskredit zu ermöglichen.

[3] Näheres VoR. zu N. 60.

ein solcher aus einer Privatgesamtverbindlichkeit nebenher noch gegen die Privatvermögen aller Beteiligten entstehen kann. Dies ist die Natur der gemeinschaftlichen Schulden des § 733 BGB. im engeren Sinne, für sie eröffnet § 736 ZPO. nur einen Weg zur Verwirklichung neben mehreren anderen.

Im Gegensatze zum Werthaftungsanspruch ist der Inhalt der Schuld eben zunächst ein subjektiv persönlicher, dazu tritt nur hinzu die nach heutigem Rechte nicht einmal notwendige Eigenschaft, geldwert zu sein und dadurch subsidiär für die Erfüllung das Vermögen des Schuldners unter Umständen — subjektive, objektive Unmöglichkeit, Verschuldung, Garantie — mit einem Werthaftungsanspruch zu belasten, ganz analog wie bei der Hypothek neben dem Vermögen bezüglich der Schuld der Werthaftungsanspruch das Grundstück belastet. Da wir ja Haftungsansprüche „nur“ gegen das Sondervermögen anerkennen, kann der Grund Knokes, „das Gesellschaftsvermögen könne wegen mangelnder Gebundenheit keine genügende Kreditgrundlage gewähren“, zur Ablehnung von Gesellschaftsschulden nicht als durchschlagend anerkannt werden. Wie unten dargelegt, sind die Garantien für Gebundenheit eher grösser als bei Privatvermögen. Unrichtig ist auch, dass die Geschäftsführung nicht im Namen der Gesellschaft erfolge.

Die Antwort, ob Gesellschaftsschulden möglich sind, lässt sich nach dem Vorstehenden vielmehr nur aus der Feststellung ableiten, dass sich Schulden „ihrem Inhalt nach“ auf das Sondervermögen beziehen können, dass vor allem eine Vollstreckung „in Natur“ lediglich aus dem Sondervermögen oder in Beziehung auf das Sondervermögen möglich ist.

Es ist nun zu bejahen, dass ein subjektiv persönlicher Inhalt sich ausschliesslich auf die Eigenschaft der Gesellschafter als solcher[1], auf die Zwecke der Gesellschaft beziehen kann, der inhaltlich dann gerade von den Gesellschaftern unter Benützung von eigens zweckdienlichen Mitteln aus dem Gesellschaftsvermögen zu erfüllen ist und eventuell unter Benützung dieser Mittel zwangsweise in Natur vollstreckt werden kann[2].

---

[1] Mitwirkung bei gesellschaftlichen Unternehmungen (Verpflichtung eines Quartetts zu einem Konzert). Benützung von Gesellschaftsgegenständen, Büchern, Kegelbahn usw. Knoke 35 Nr. 2 f. Unrichtig End. I § 109 Nr. 16.

[2] Selbst die Zwangsstrafen dürfen dann nur aus dem Gesellschaftsvermögen verlangt werden trotz des Titels nach § 736 ZPO. Anders Staub 397 Jur. Woch. (1902) 98.

Dabei ist zu beachten, dass heute auch die auf ein menschliches Verhalten gerichteten Obligationen grösstenteils nicht mehr wie im römischen Recht an eine individuelle Person bezüglich der Ausführung ihres Inhaltes gebunden sind. Sie können vielmehr von einer beliebigen Person ausgeführt werden, und die persönliche Individualisierung eines Schuldners hat nur die Bedeutung, dass in letzter Linie gerade dessen Privatvermögen für die Schuld subsidiär verhaftet ist und dass namentlich aus seinem persönlichen Verhalten heraus die Entstehung des Ersatzhaftungsanspruches zu beurteilen ist. Es ist so für juristische Personen einerseits die Möglichkeit von Schulden durchweg anerkannt, andererseits in Erwägung des letzterwähnten Gesichtspunktes § 31 278 BGB. eingeführt worden. Man wird danach auch derartige Schulden allgemeinerer Art für Gesellschaften anerkennen können[1].

Für einzelne Schuldverhältnisse ist folgendes zu bemerken.

a) Wechsel: Da in Art. 1 WO. Voraussetzung der Wechselfähigkeit ist, „wer sich durch Verträge verpflichten kann", so verneint Staub für die Gesellschaft des BGB. die Wechselfähigkeit. Aus dem Inhalte der Wechselverpflichtung, „einen bestimmten Geldbetrag zu bezahlen", ergibt sich diese Konsequenz nicht, im Gegenteil, die Wechselschuld ist mehr Werthaftungsanspruch als eine Reihe anderer Schuldverhältnisse. Dazu wird von Staub auch nicht die aktive Wechselfähigkeit bestritten. Man wird aus der Tatsache, dass für das Gesellschaftsvermögen und in bezug auf dieses in § 718 BGB. der Begriff „Geschäftsführung für die Gesellschaft" enthalten ist, stets wohl zu dem Schlusse kommen können, dass hiermit nur in einer moderneren Fassung die Möglichkeit, „dass Geschäfte, auch Rechtsgeschäfte, der Gesellschaft abgeschlossen werden mit verpflichtender Wirkung für die Gesellschaft" — § 718 Abs. 1 — und damit die identische Möglichkeit, „sich durch Verträge zu verpflichten", gegeben ist. Bedenklich bleibt dann nur noch der Ausdruck „jeder". Jedenfalls nach der in § 1 zu Art. 1 bei Staub gebilligten ersten Ansicht, nach welcher „jeder" in neutraler Weise statt des subjektiven Ausdruckes „Person" gebraucht ist, steht dieser Ausdruck obigem Schlusse nicht entgegen. Namentlich sind auch Sichtwechsel bei der notwendig einheitlichen Geschäftsführung hier zulässig.

[1] Behrend § 73 Nr. 14, 4. ROHG. XXIV Nr. 47 „Tun usw seitens der Vermögensverwaltung".

b) Ausserkontraktliche Verbindlichkeiten: So wie bei den Vertragsverbindlichkeiten kann auch bei den nicht auf Vertrag beruhenden Verbindlichkeiten erkennbar hervortreten, dass sie zum Gesellschaftsvermögen gehören, dass sie nur in Verbindung mit dessen Zwecken entstanden und deshalb nur aus dem Gesellschaftsvermögen zu erfüllen sind.

Dies gilt zunächst ganz zweifellos für die verfehlten Zweckleistungen i. S. d. § 812 BGB. Dagegen werden die Bestimmungen über unerlaubte Handlungen nur in wenigen Punkten anwendbar sein, so § 831, denn die Geschäftsführung ersetzt ohne weiteres das Erfordernis, „wer einen anderen bestellt", und ebenso sind die Geschäftsführenden selbst „zu Verrichtungen bestellt", sobald nur nach aussen erkennbar i. S. d. § 164 BGB. hervortritt, dass es sich um Geschäftsführung für die Gesellschaft gehandelt hat. Zutreffen werden auch die §§ 832 Abs. 2 — etwa für Gesellschaftskindergärten — 833 834 835 836 837 — bei Einbringung des Grundstückes quoad usum —. Ebenso wird man eine Geschäftsführung ohne Auftrag sowohl für die Gesellschaft als seitens der Geschäftsführung der Gesellschaft zugunsten Dritter anzunehmen haben.

Das Wesentliche ist die richtige Individualisierung bzw. die untrügliche Erkennbarkeit der Zugehörigkeit zum Gesellschaftsvermögen. Dies genügt, da das Gesellschaftsvermögen absolute Geltung hat. Nicht notwendig, aber meist wird dies in vertragsmässiger Abmachung[1] vor sich gehen, doch muss die objektiv erkennbare Geschäftsführung für die Gesellschaft i. S. d. §§ 718 Abs. 1 164 genügen, wenn nur nach aussen erkennbar hervortritt, dass „ausschliesslich" für die Gesellschaft in der betreffenden Weise gehandelt werden darf und gehandelt wird". Sehr nützlich wird in dieser Richtung eine ausdrückliche namentlich satzungsmässige Beschränkung der Vollmacht der Geschäftsführenden selbst wirken. In manchen Fällen wird sonach allerdings die Gültigkeit der Beschränkung eine relative sein, indem nur derjenige, welcher die Zugehörigkeit auf Grund der Vertragsauslegung, namentlich auf Grund vorhandener Einsicht in das Stellvertretungsverhältnis der geschäftsführenden Gesellschafter kennen muss, die Zugehörigkeit der Schuld nur zum Gesellschaftsvermögen

[1] Soweit man mit Gierke namentlich Planck als Regel Gesamtschulden i. S. d. §§ 420 427 BGB. anerkennt, muss man vertragsmässige Beschränkung verlangen. Für uns ist letzteres nur hauptsächliches Individualisierungsmittel. Falsch Knoke 79 ff.

gegen sich gelten lassen muss[1]. Bei Schulden, welche sich ihrer Natur nach gerade auf den Gesellschaftszweck beziehen, wird dies aus objektiven Gründen in weiterem Masse vermutet werden dürfen als bei Schulden mit einem Inhalt allgemeineren Charakters. Ganz besonders deutlich ist eine Individualisierung für die Gesellschaft beim Wechsel möglich, wenn man neben der allerdings notwendigen Benützung aller Gesellschafternamen einen die Verpflichtung „nur der Gesellschaft" zum Ausdruck bringenden Zusatz zulässt. Hieraus ergeben sich folgende Konsequenzen. Im Gegensatze zu Wach ist die Identität zwischen einer Gesellschaftsverpflichtung und der damit z. B. nach § 128 HGB. allerdings zusammenhängenden Gesellschafterverpflichtung zu verneinen. Es ergibt sich hieraus: entweder ist wenigstens die Zugehörigkeit des Wechsels zum Sondervermögen, obwohl derselbe auf Gesellschafter als solchen trassiert und von ihm als solchen akzeptiert ist und sonach bei ausschliesslicher Geschäftsführungsmacht die Bestimmung für die Gesellschaft deutlich ersichtlich ist, trotzdem ausgeschlossen, der Gesellschafter jedoch mit seinem Privatvermögen verhaftet. Oder es ist bei Fehlen der Identität zwischen Trassat und Akzeptant weder die Gesellschaft noch der Gesellschafter verhaftet, und zwar letzterer privatim nicht, da nicht auf ihn trassiert ist und auch nicht als Gesellschafter bei Trassierung auf Firma und Akzept mit Privatnamen, weil nicht mit der Firma akzeptiert ist, ohne eine Firmahaftung aber auch nicht die akzessorische Haftung des Gesellschafters entstehen kann. Endlich ist eine direkte Privathaftung bei Trassierung auf den Gesellschafter unmöglich, falls mit der Gesellschaftsfirma akzeptiert ist.

Von einer vertragsmässig auf Haftung mit den Anteilen beschränkten Verbindlichkeit wird man aber hier nicht reden dürfen. Letzteres ist eine Erscheinung bei den Gesellschaften mit gebundener Einlage[2], welche unter Umständen auf das Privatvermögen übergreift. Die Anerkennung von auf das Sondervermögen beschränkten Gesellschaftsschulden ist dagegen im Gegensatz zu den sonstigen

---

[1] § 242 BGB. „Exceptio doli". Dies gilt namentlich für Schulden gegenüber den Privatvermögen. Knoke 84. Bei ihm S. 91 oben eine rein formelle Korrektur; dagegen vgl. S. 113 N. 3. Vgl. auch Knoke 80/81. Richtig Laband XXXI 23 Nr. 30 selbst gegenüber § 128 HGB. Falsch deshalb Knoke 131 zu § 738 BGB.; privatim haften die Gesellschafter nicht, es bedürfte gar keiner Ausschliessung einer Privathaftung.

[2] Dazu Knoke 80 Nr. 5.

gemeinschaftlichen Schulden eine Konsequenz aus der eigenartigen notwendig einheitlich geregelten Geschäftsführung in dem objektiv selbständigen Geschäftsbetrieb.

Damit ist für alle Schulden, welche in erkennbarer Geschäftsführung für die Gesellschaft abgeschlossen sind, eine Gesamthaftung aus § 427 BGB. ausgeschlossen. Denn in diesem Falle verpflichten sich eben nicht „mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich".

Nicht ihre begriffliche Möglichkeit[1], sondern nur die tatsächliche Erkennbarkeit als Gesellschaftsschulden ist, und auch nur teilweise, aus vertragsmässiger Festlegung der Beschränkung abzuleiten. Allerdings wird diese durch § 736 ZPO. durch die Versagung des Gesellschaftskonkurses und durch den mehrdeutigen Ausdruck „gemeinschaftliche Schulden" in § 733 BGB. erschwert im Gegensatz zu § 124 HGB. § 207 KO. Ein begrifflicher Gegensatz liegt aber gegenüber den Verbindlichkeiten dieser Paragraphen nicht vor, auch die Schulden der bürgerlichen Gesellschaft sind solche der „gesamten Hand".

Danach sind bei Firmenverbindlichkeiten wie bei Gesellschaftsschulden gleichermassen diese von etwa gleichzeitig subsidiär oder akzessorisch bestehenden Verpflichtungen aller oder einzelner Gesellschafter zu scheiden[2], wie sie sich aus § 128 HGB. und namentlich § 54 BGB. ergeben[3]. Diese Nebenverpflichtungen der Gesellschafter stehen zu der zugehörigen Gesellschaftsschuld ihrerseits wieder im Gesamtschuldverhältnis gemäss den §§ 421—427 BGB.[4] Hierzu schafft § 736 ZPO. eine erweiternde Ausnahme. Dies ist namentlich

---

[1] Das folgende VoR. 27 f. Planck usw. und obwohl im Prinzip in Übereinstimmung mit Cosack, Seuffert usw. in engerer Anlehnung an die unvollständigen Gesetzesbestimmungen; zu VoR. 27 sei bemerkt: Schärfer wäre das „Unvollkommen durchgeführt" zu betonen, denn der Begriff selbst ist im Gesetz im Grund anerkannt. Vgl. Knoke § 29 i. f. 89 „Kündigung und Mahnung an alle". Die Konsequenz der notwendigen Nichthaftung der Privatvermögen, abgesehen von ausdrücklichen Bestimmungen einer akzessorischen Haftung wie in § 128 HGB., ist von ihm nicht gezogen. Geradezu im Widerspruche steht S. 79 ff. Anders als oben auch Staub zu § 128.

[2] So RG. VII 49 89. RG. vom 13. Dezember 1901 Jur. Zt. IV 1902. ROHG. IX 17 41; XII 261. Anders Staub zu § 128. Wach 520 ff. Cosack 556. Wie oben Makower 248. Affolter AfBR. V 8. Vgl. noch RG. XXX 35; XXXI 141. Jur. Woch. LIV 1893. Literatur bei Laband XXXI 18 Nr. 20.

[3] Für Laband diese Nebenhaftung begriffsnotwendig XXX 498 Nr. 28 514.

[4] Akzessorische Natur eigener Art gegen § 426 z. B. § 707. Vgl. § 770 ff. BGB. Knoke 81. Anders gerade für den Wechsel. Staub § 2 zu Art. 1 WO.

für die Wirkung der Rechtskraft von Urteilen, welche nur gegen die Firma bzw. nur gegen alle Gesellschafter als solche ergangen sind, von Bedeutung.

Auf der Zugehörigkeit von Schulden zum selbständigen Gesellschaftsvermögen beruht es, dass nur zwischen Gesellschaftsforderungen und -schulden Konfusion[1] eintritt, weil ja dann — und nur dann — der Inhalt der Schuld innerhalb der eigenen Vermögenssphäre sich ohne Zutun der Rechtsordnung verwirklichen kann, welche sich in interne subjektive Angelegenheiten nicht einmischt im Gegensatz zu der objektiven Wertausgleichung auch innerhalb von Vermögen[2].

Auf der Möglichkeit ausschliesslicher Forderungen und Schulden beruht weiter, dass nur solche wechselseitig kompensierbar sind. Die Kompensation beruht ja ebenfalls und aus denselben inneren Gründen auf dem Gegenüberstehen selbständiger Vermögenssphären[3]. Hierbei wird die Sondervermögenssphäre als völlig von den Privatvermögenssphären abgeschieden behandelt.

Nur durch Übertragung des Rechtes[4] kann die mit diesem notwendig verbundene Aufrechnungsbefugnis, und zwar an Privatvermögen nur in derselben Weise wie an Drittvermögen abgetreten werden gemäss § 16 unten.

Ein Kompensationsvertrag kann eine ausgedehntere Möglichkeit der Kompensation schaffen, er kann namentlich auch als Vertrag zugunsten Dritter, also auch zugunsten von Privatvermögen und dabei auch vom geschäftsführenden Gesellschafter für die Gesellschaft zugunsten seines eigenen[5] Privatvermögens abgeschlossen werden. Es muss dabei sowohl ein Kompensationsvertrag, wie ein Vertrag zu-

[1] Vgl. § 129 Abs. 4 HGB.; § 425 Abs. 2 BGB. Zu scheiden Vollstreckbarkeit (§ 736 ZPO. gegen alle beteiligten Vermögen). Staub 413 zu § 129. Überall die Frage der Una Obligatio. Vgl. § 125.

[2] Knoke § 33. Hahn 467 Nr. 7. Wichtig Ausschliessung der Konfusion bei relativ selbständigen Vermögensmassen. Erbmasse § 1976 f. 1991 2143 2175 2377 BGB. Bei zwei Sondervermögen desselben Socii keine Konfusion. ROHG. XXIV Nr. 47 S. 157 „wegen Firmenverschiedenheit". Vgl. Peculium.

[3] § 719 Abs. 2 ist als prinzipiell notwendige Konsequenz an sich überflüssig. Die Frage wird kurz behandelt, da sie in der Literatur wohl völlig erschöpfend schon dargestellt ist. NJ. II 719. Vgl. D. Kompensation 378 386 446. v. Hahn zu Art. 121 f. Laband XXXI 11 ff. Nr. 12 ff. Literatur ebenso bei Knoke 87 Nr. 9 bis 17. VoR. Nr. 59. ROHG. VI 419; IX 429; XIII Nr. 19. RG. X 47 49; XI Nr. 23 S. 211; XX 115 119; XXXI 81.

[4] Laband XXXI 11 Nr. 13.

[5] Unten über § 181 BGB. S. 69.

gunsten Dritter erkennbar[1], namentlich seitens des aussergesellschaftlichen Gegenkontrahenten gewollt sein, dies ist nicht der Fall, wenn der Geschäftsführer in seinem Privatinteresse ohne weiteres über eine Gesellschaftsforderung verfügt.

Soweit auf einer Seite nur eine Schuld aller Gesellschafter vorliegt, dürfte eine Aufrechnung mit einer Gesellschaftsforderung dann zulässig sein, wenn aus der Schuld mittels des § 736 ZPO. berechtigtermassen Vollstreckung ins Sondervermögen angestrebt wird, denn dann wird für eine an sich dem Gesellschaftsvermögen fremde Schuld die Gesellschaftsvermögenssphäre als das Objekt, aus welchem Erfüllung und Vollstreckung verlangt wird, in Anspruch genommen. Es mag hier auf die Analogie der Aufrechnungsmöglichkeit für den Bürgen und den dinglichen Hypothekenschuldner hingewiesen werden.

§ 16.

Die Rechtsgeschäfte mit dem Sondervermögen und die Gebundenheit der Rechte im Sondervermögen.

Aus der einheitlichen Ausübung und Verwaltung der Rechte für das Sondervermögen als selbständige Einheit ergab sich als Konsequenz eine notwendig einheitliche Geschäftsführung für das Gesellschaftsvermögen, völlig abgetrennt von der Verwaltung der einzelnen Privatvermögen. Hiermit ist dann die Notwendigkeit gegeben, dass bei allen Rechtsgeschäften, Drittvermögen wie Privatvermögen gegenüber, das Gesellschaftsvermögen als ein besonderes Ganzes hervortritt. Vor allem eine Ausscheidung der Bestandteile während des Bestehens der Gesellschaft vollzieht sich an die Privatvermögen ebenso wie an Drittvermögen[2] unter Benützung der typischen Kausal- und abstrakten Übertragungsgeschäfte. Es handelt sich letzterenfalls dabei nicht um eigenartige rein obligatorische Abmachungen unter den Gesellschaftern wie im Gesellschaftsvertrag, welche sich nur gegenständlich auf den Inbegriff bzw. die Rechte in dem Inbegriff „Gesellschaftssondervermögen“ beziehen würden, wie es Laband darstellt.

Ebensowenig genügen namentlich bei den beschränkt dinglichen Rechten und Haftungsansprüchen einseitige Rechtshandlungen wie für

[1] RG. XXXI 81. Laband XXXI 15 Nr. 18. Literatur Staub 422. Knoke Nr. 11.

[2] RG. LVI 206 430; LXI 75.

Rechte an eigenen Sachen. Auch den Privatvermögen gegenüber bedarf es zweiseitiger Rechtsgeschäfte[1].

So war oben dem § 718 Abs. 1 und § 706 BGB., wie dem Art. 91 Abs. 2 HGB. eine Übertragungswirkung zu versagen, soweit eine abstrakte Übertragungsform im allgemeinen vorgeschrieben ist bzw. auch nur in den diesen Paragraphen entsprechenden Vorgängen ein genügendes Übertragungsgeschäft nicht gesehen werden konnte.

Namentlich gilt dies für Einbringungen und Zuwendungen im Auseinandersetzungsstadium, nur dass hier im Gesellschaftsvertrag unter Umständen das Kausalgeschäft enthalten ist. Namentlich bei der Auseinandersetzung sind deshalb alle Zuwendungen, welche nicht in Geldform an die Privatvermögen erfolgen, als Leistungsverträge an Erfüllungsstatt zu betrachten und die entsprechenden abstrakten Übertragungsgeschäfte vorzunehmen, selbst wenn der Gegenstand in Natur geteilt, ein Grundstück in Parzellen abgeschrieben werden kann. Dahingestellt mag bleiben, inwieweit nach § 752 BGB. sich dies bei der Gemeinschaft anders gestaltet. Bei der Gesellschaft bedarf es, da ein ideeller Anteil am ganzen Grundstück nicht bestand, der Auflassung seitens aller Gesellschafter, den Empfänger miteingeschlossen, auf der einen, des Empfängers allein auf der anderen Seite.

Angesichts des Wortlautes des Gesetzes § 718 Abs. 1 BGB. „die Beiträge werden“ können für Einbringungen Zweifel entstehen, inwieweit überhaupt noch abstrakte Übertragungsgeschäfte notwendig sind, jedenfalls sind solche erforderlich und ebenso die gewöhnlichen Kausalgeschäfte für Veränderungen im Bestand zwischen dem Privat- und dem Gesellschaftsvermögen, welche nicht auf Grund des Gesellschaftsvertrages als Beitrag, sondern während Dauer der Gesellschaft seitens der Gesellschaft in Geschäftsführung für diese als Kauf usw. vor sich gehen. Dies gilt namentlich auch dann, wenn die Bestandsveränderungen zwischen dem Gesellschaftsvermögen und dem Privatvermögen eines Geschäftsführers vor sich gehen. Stets ist hierbei

[1] Vgl. den einseitigen Antrag auf Bestellung einer Grundschuld. Bei der Gemeinschaft ist für den Anteil des Gemeinschafters, an dessen Grundstück nach § 1009 BGB. eine Grundschuld bestellt wird, seine Beteiligung als ein Antrag i. S. d. § 1196 Abs. 2 BGB. anzusehen, die Einigungserfordernisse i. S. d. § 873 und GO. — vgl. dazu § 107 BGB. „lediglich rechtlicher Vorteil“ — werden nicht verlangt; anders beim Sondervermögen. Bei ihm ist Einigung über das ganze Grundstück notwendig, und seitens aller gemeinschaftlich unter denselben Bedingungen. RG. 56, 206. 96.

§ 181 BGB. zu beachten. Streng ist deshalb — so auch RG. X Nr. 12 — zu scheiden zwischen einer Zession als Übertragungsrechtsgeschäft, wie es stets zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen notwendig ist, und einer einseitigen Verfügung innerhalb eines Vermögens über ein Recht zugunsten eines anderen Rechtes — Eigentümerhypothek, Schiebungen in bezug auf Zubehör und Erträgnisse. Nach § 181 kann ein Geschäftsführer, sofern die Gültigkeit dieser Gesetzesbestimmung nicht generell oder speziell ausgeschlossen ist, nicht in derselben Person mit sich als Privatperson einerseits, andererseits als Geschäftsführer der Gesellschafter ein Rechtsgeschäft abschliessen. Dagegen ist es möglich, dass der Geschäftsführer, welcher vielleicht nur allein zur Geschäftsführung berechtigt ist, seinerseits einer anderen Person, sei es Gesellschafter oder Drittem, für die Geschäftsführung zugunsten der Gesellschaft Untervollmacht erteilt und sodann für sich selbst als Privatmann mit diesem Unterbevollmächtigten als Vertreter der Gesellschaft Rechtsgeschäfte abschliesst. Der Sinn der Gesetzesbestimmung ist nur der, dass gerade für die Rechtsgeschäfte mit sich selbst eine Person nicht gleichzeitig als Willensorgan der beiden Kontrahenten auftreten kann. Überträgt der Betreffende die Vollmacht, so hat diese Übertragung der Vollmacht mit dem Rechtsgeschäft selbst nichts zu tun, bei der Übertragung der Vollmacht handelt der Geschäftsführer zweifellos nur als solcher; bei dem Rechtsgeschäft mit dem Unterbevollmächtigten sind dann tatsächlich zwei Willensorgane, nämlich zwei getrennte Personen, vorhanden.

Hiermit ist dieselbe Gebundenheit der Bestandteile ans Gesellschaftssondervermögen gegeben, wie dies auch bei Individualvermögen der Fall ist. Abgesehen von Ausnahmen (rechtsverändernde Tatsachen, guter Glaube) ist ein rechtsbeständiges Rechtsgeschäft Voraussetzung jeder Zugehörigkeitsveränderung, genau so wie bei sonstigen Individualvermögen. Ist kein rechtsgültiges abstraktes Übertragungsgeschäft vorhanden, so stehen für rechtsunwirksam ausgeschiedene Gegenstände dem Gesellschaftsvermögen die Zugehörigkeitsansprüche zu, ist nur das Kausalgeschäft ungültig, so entsteht für das Gesellschaftsvermögen ein Bereicherungsanspruch. Zugehörigkeits- und Bereicherungsansprüche richten[1] sich ebenso gegebenenfalls gegen die Privatvermögen wie gegen Drittvermögen.

[1] Knoke 82 zu § 736 ZPO. Anders Laband, welcher nur von interner, obligatorischer Gebundenheit der Gesellschafter spricht, XXXI 4 6 8 Nr. 8 9 S. 10 „über Ausscheidungen". RG. III 59. ROHG. XXIV 163. Prot. II 435.

Diese Gebundenheit ist im Gegensatz zu den Individualvermögen eine grössere infolge der notwendig einheitlichen Zuständigkeit der Verfügungsmacht an alle Gesellschafter[1] bzw. an deren rechtsgültig bestellte, gegebenenfalls rechtsförmlich zu legitimierende Vertreter nach Vertretungssätzen, namentlich infolge der Wirkungen des § 181 BGB. und der Notwendigkeit vollständig rechtsgeschäftlicher Verfügung über Gesellschaftsgegenstände auch gegenüber den Privatvermögen[2]. Andererseits ist zuzugeben, dass es für die Gesellschafter näher liegt als für Individualsubjekte, durch formell rechtsgültige Geschäfte Schiebungen eben zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen vorzunehmen, und dass es für das Anfechtungsrecht an ähnlichen Vermutungen fehlt, wie bei Schiebungen von Einzelpersonen an Verwandte und Ehegatten.

Als besondere Konsequenz der Einheitlichkeit des Gesellschaftsvermögens sind im Gegensatz zur blossen Aufhebung der Gemeinschaft die Auseinandersetzungsregeln etwas den Bestimmungen über Erbschaftsauseinandersetzung Analoges. Bei der bürgerlichen Gesellschaft stehen diese Regeln völlig in der Willkür aller Beteiligten, namentlich die Bestimmungen zugunsten der Gläubiger in § 733 ff. BGB. können vertragsmässig ausgeschlossen werden, so dass das Vermögen ohne Befriedigung der Gläubiger völlig auseinandergesetzt werden kann. Letzteres ist allerdings auch bei der Erbschaft[3] möglich, jedoch sind bei dieser, im Gegensatz zur Gesellschaft, die Mittel des Nachlass-Verzeichnisses — -Verwaltung — -Konkurses — bzw. der unbeschränkten unbeschränkbaren Haftung als Ersatz für die vorgenannten Rechtsmittel den Gläubigern gegeben, um sich die Masse des früher selbständigen Vermögens vorzubehalten[4]. Es geht nicht an, mit Scherer die §§ 731 ff., namentlich § 733 BGB. für zwingendes Recht zu er-

---

[1] Da diese die absolut gültige Voraussetzung einer rechtswirksamen Verfügung ist. Nicht richtig Laband I[is] c[is] GenTh. 457 Nr. 1. ROHG. VIII Nr. 9. Falsch SA. XXXIX Nr. 121 statt Gebundenheit — Kommanditeinlage subjektive Willkür. Ebenso beim Individualsubjekt. v. Hahn I 388 429 f. Gareiss § 39 S. 160 ff.

[2] Vgl. auch hier § 736 ZPO. Nicht auf einmal genügen jetzt alle übrigen Gesellschafter, vielmehr muss formaliter auch der Gesellschafter, der Gegenkontrahent ist, beteiligt sein. Vgl. wieder § 107 BGB. Verschieden eventuell auf beiden Seiten (Schenkung an minderjährigen Gesellschafter aus Sondervermögen). Falsch Knoke 100.

[3] Vgl. den Unterschied vor und nach der Teilung. § 2058 ff. BGB.

[4] Sie erfüllen neben dem beneficium inventarii namentlich auch die Zwecke des beneficium separationis.

klären, schon aus dem Grunde, weil für die offene Handelsgesellschaft im Gegensatz zu bürgerlicher erst der § 158 des NHBG. dies als zwingendes Recht festgesetzt hat. Bei der bürgerlichen Gesellschaft ist auch der Konkurs im Auseinandersetzungsverfahren ausgeschlossen, in dieser Richtung bleiben für die Gläubiger nur Spezialsicherungsmassregeln im Wege des Arrestes, dessen Zulässigkeit in analoger Anwendung des § 736 ZPO. gegenüber dem Gesellschaftsvermögen zu bejahen ist. Im übrigen sind nicht einmal subsidiäre Bestimmungen wie in § 2060, 1480 BGB. und § 128 HGB. vorhanden, ebensowenig trifft § 419 zu, da weder ein Vermögen noch Teile eines solchen als eine geschlossene Einheit übernommen werden. Es bleibt nur das Anfechtungsrecht.

§ 17.

Rechtsstreit des Sondervermögens. Zwangsvollstreckung in das Sondervermögen.

Notwendig einheitlich unter Mitwirkung aller Gesellschafter oder durch ihre gesellschaftlichen Vertreter sind die Sondervermögensrechte und -rechtsverhältnisse aktiv und passiv im Rechtsstreit zu vertreten, ist dies nicht der Fall, so geht daraus die Einrede mangelnder Aktiv- oder Passivlegitimation hervor. Es handelt sich um eine ganz eigenartige notwendige Streitgenossenschaft, die nicht ohne weiteres dem gleichzeitigen Auftreten aller Gesellschafter als Privatpersonen im Prozess entspricht. Endigt die Gesellschaft bzw. ihre während der Auseinandersetzung fortbestehende Fiktion, dann ist die eigenartige notwendige Streitgenossenschaft beendet, und es wird diesfalls Prozessunterbrechung anzunehmen sein.

Damit steht die Gesellschaft im Gegensatz zur Gemeinschaft, namentlich zu § 1011, 744 Abs. 2 BGB. und ebenso zu § 428, 432 BGB. Während in den letzteren Fällen jedenfalls seitens des prozessführenden Teilhabers Wirkungen für sein Privatvermögen erzielt werden, treffen bei der Gesellschaft im Prinzip die Folgen eines Rechtsstreites nur das Sondervermögen, abgesehen von der eigenartigen Wirkung des § 736 ZPO. für sonstige allen Gesellschaftern gemeinsame Schulden, soweit einer Vollstreckung hier nicht eine Exceptio doli entgegensteht.

Ein besonderer Gerichtsstand ist nur für die offene Handelsgesellschaft und den nichtrechtsfähigen Verein vorgesehen, bei letzterem

auch wie bei der offenen Handelsgesellschaft noch während der Auseinandersetzung — § 739 BGB. Fraglich ist, ob bei dem nichtrechtsfähigen Verein im Gerichtsstande des Vereins auch Aktivklagen aller Mitglieder gegen ein Mitglied erhoben werden können — § 22 ZPO. — Aus § 31 ergibt sich jedenfalls ein Gerichtsstand für alle gegenseitigen aus der Geschäftsführung sich ergebenden Klagen auch für gewöhnliche Gesellschaften des BGB. trotz der Fassung „der Geschäftsherr". Man wird dies nicht auf „persönliche Geschäftsherren" beschränken können, vielmehr darin lediglich einen technischen Ausdruck für Auftraggeber sehen müssen.

Rechtsform für die einheitliche Geltendmachung ist die notwendige Streitgenossenschaft, nicht aber eine Klage der Geschäftsführer im eigenen Namen aber für Rechnung der Gesellschaft — RG. LVII 92. Beim nichtrechtsfähigen Verein ist für Passivprozesse Parteifähigkeit gegeben, bei der offenen Handelsgesellschaft für alle Prozesse unter Anwendung der Firma allgemeine Parteifähigkeit. Dahingestellt mag bleiben, ob in den beiden letzteren Fällen eine formelle Parteifähigkeit[1] vorliegt, oder ob man nicht gar in der eigenartigen notwendigen Streitgenossenschaft bei der bürgerlichen Gesellschaft eine teilweise materielle Parteistellung[2] zu erblicken hat. Tatsächlich vorhanden ist neben der notwendigen Einheitlichkeit aller Prozessverhältnisse und der eigentümlichen gegenseitigen prozessualen Vertretungsbefugnis nach § 62 ZPO. eine Reihe subjektiver Beziehungen zu den Personen aller Gesellschafter. Zwar muss die auf Grund Statuts vorhandene, zur Vertretung bevollmächtigende Geschäftsführungsmacht einzelner Gesellschafter zur Ausstellung der Prozessvollmacht genügen, und es ist sogar von verschiedenen Seiten bejaht worden, dass die Zustellung an diese Geschäftsführer schon für die Klage genüge. Wir müssen schon letzteres verneinen, da wir in den Geschäftsführern eben höchstens Prozessbevollmächtigte erblicken können. Jedenfalls sind für Eide und Zeugenschaft[3] alle Gesellschafter wie sonstige Rechtssubjekte eines Prozessverhältnisses zu behandeln. Dagegen wird man für die Nebenintervention[4] den einzelnen Gesellschafter als Privatperson, da

---

[1] So Wach HB. 520ff. Knoke § 30 S. 90 zu N. 12.

[2] Denkschrift 92 100. GSt. Vorb. zu § 50ff. N. 11 12. NJ. II 705 8.

[3] RG. XIV 20; XVII 365. Staub 397 Nr. 9: „Nur Socii Gerentes", dagegen alle „zeugnisunfähig". Konsequenter Makower 229.

[4] RG. V 71; XXXIV 363. — Dieselben Personen in verschiedenen Rechtsbeziehungen (Qualitäten). Vgl. auch zu § 771 ZPO. RG. XXX 388.

es sich nicht um rein persönliche Beziehungen wie bei dem internen Wissen bei Eid und Zeugenschaft, sondern um Rechtsverhältnisse zwischen den Privatvermögen und dem selbständigen Gesellschaftsvermögen handelt, zulassen müssen. Damit ist aber nach § 181 BGB. für den Betreffenden die Stellung als Prozessbevollmächtigter der Gesellschaft ausgeschlossen, soweit es sich nicht um Vertretung durch Anwälte handelt.

Die eigenartige notwendige Streitgenossenschaft besteht auch für die bürgerliche Gesellschaft nach § 730 BGB. für das Auseinandersetzungsstadium.

Diese eigenartige, nach aussen hervortretende Stellung der Gesellschafter als besonderes Parteigebilde in Form der notwendigen Streitgenossenschaft hat zur Folge, dass auch materiell lediglich das Recht der Gesellschaft oder der Anspruch gegen die Gesellschaft als im Prozess befindlich zu betrachten ist. Jedenfalls, wenn aus der Klage deutlich zu entnehmen ist, dass sie nur seitens oder gegen „alle Gesellschafter als solche“ erhoben wird und wenn sich der geltend gemachte Anspruch aufs Sondervermögen bezieht, so sind angesichts der notwendigen Streitgenossenschaft und der Tatsache, dass dabei einzelne Gesellschafter durch die übrigen vertreten sein können, ja bei Hinzukommen der Nebenintervention zugunsten eines Privatvermögens vertreten werden müssen, und dass eine solche Vertretung nur die Gesellschaftsinteressen im Gegensatz zu den Privatinteressen der Vertretenen zu berücksichtigen hat, in diesem Rechtsstreit nur Einreden, welche sich auf das Sondervermögen beziehen, zuzulassen, der Rechtsstreit kann damit aber auch nur gegen das Gesellschaftsvermögen Wirkungen haben[1].

Ohne ausdrückliche Klagverbindung ist ein Nebeneinander von notwendiger und gewöhnlicher Streitgenossenschaft, wie dies Knoke S. 90 annimmt, nicht zuzulassen, jedenfalls nicht bei ausdrücklichem Hinweis

[1] Vgl. „für Klage gegen Firma“ Staub 399, der Einzel(Privat)einreden nach dem Urteil noch zulässt. GenTh. 592 gegen Wach 528 ff. Römer I 168. — Eine Exceptio rei iudicatae aus solchem Urteile steht den einzelnen Gesellschaftern nicht nach deren negativer, sondern nur nach deren positiver Bedeutung bezüglich ihrer akzessorischen Haftung aus § 128 HGB. zu. — Keineswegs lässt sich dies auf jede Nebenhaftung der bürgerlichen Gesellschaft übertragen, namentlich nicht auf § 54 BGB., da es sich nicht um rein akzessorische Haftung wie in § 128 zit., sondern um eine Garantiehaftung schon für die Tatsache des Vertragsschliessens (vgl. eigene culpa in contrahendo und § 179 BGB.) handelt. RG. III 57; V 70. Praxis bei Staub 395 Art. 5 vgl. die Kommentare zu AHGB. zu Art. 111 117.

auf das Gesellschaftsverhältnis oder wenn die Beziehung nur auf das Sondervermögen sonst klar ersichtlich ist. Danach beschränkt sich konsequent auch die Rechtskraft auf das Sondervermögen[1] und in Einschränkung des Wortlautes des § 736 ZPO.[2], auch wenn der Titel selbst keinen besonderen Hinweis enthält, die Zwangsvollstreckung auf das Sondervermögen. Denn bei ausdrücklicher Kenntnis der Zugehörigkeit des Rechtsstreites nur zum Sondervermögen auf seiten des aus dem Titel Berechtigten widerspricht es Treu und Glauben, wenn aus einem solchen Titel ins Privatvermögen vollstreckt[3] wird. Genau so ist es bei einem Rechtsstreit gegen alle Gesellschafter als Privatpersonen, welcher sich offensichtlich nicht auf Sondervermögen bezieht. Allerdings wird diese Tatsache gemäss § 767 Abs. 2 schon im Laufe des Prozesses als Exceptio doli geltend zu machen sein. Ganz zweifellos hat ein Urteil gegen einen nichtrechtsfähigen Verein nur Rechtswirkungen gegen das Vereinsvermögen.

Damit wird einerseits der Zweck des § 736 ZPO. in den praktisch sehr häufig zweifelhaften Fällen, ob Gesellschafts- oder nur Privatschulden vorliegen, dem Gläubiger nach aussen ein für beide Fälle zulängliches Mittel an die Hand zu geben, erreicht. Es darf andererseits aber nicht in rein formaler Auslegung des § 736 ZPO. über diesen Zweck hinausgegangen werden, im allgemeinen wird man eben nach § 767 ZPO. von den beklagten Gesellschaftern, wenn ihnen nur der Rechtsstreit bekannt war, verlangen können, dass sie schon im Hauptprozesse die Haftung nur des Gesellschaftsvermögens einredeweise[4]

[1] Denn das Erfordernis der Eadem persona ist bei der Möglichkeit, mit der Beteiligung an der notwendigen Streitgenossenschaft im Gegensatz zu den Privatinteressen zu stehen, eben nicht vorhanden. Dies fühlt auch Staub 399 „nur teilweise am Prozess beteiligte Gesellschafter". Es handelt sich nicht um Willenssplitterungen, sondern dass die an sich unpersönlichen Interessen von Personen verschieden, ja entgegengesetzt sein können. Da aber gerade eine Willensbetätigung nur einheitlich möglich ist, wird hier Vertretung notwendig, ähnlich wie in § 1795 BGB.

[2] Dazu die verschiedenen Erklärungsversuche. Knoke 83. Kosack II 372. Planck II 468. Mathias I 63 Abs. 2. Staub, Exkurs, Anm. 12. Weiland II 705 NJ.

[3] Im Gesetz sind Bestimmungen nur bezüglich der beschränkten Haftung von Erben gegeben, bei welchen aber eine Kenntnis, also ein Dolus, nicht in dem Masse dem Kläger zugemutet werden kann wie hier. § 780 f. ZPO. lassen sich nicht unbedingt, analog auf unseren Fall beschränkter Haftung anwenden.

[4] Besonders einfach, aber nicht ausschliesslich auf Grund vertragsmässiger Haftungsbeschränkung. Zu eng Knoke 90 N. 5 S. 91.

geltend machten. Hier gerade wird es von Bedeutung sein, ob man Klagzustellung nur an die Geschäftsführer für zulässig erklärt.

Erwirbt ein Gesellschafter während oder nach dem Rechtsstreit den Streitgegenstand, so ist er gewöhnlicher Rechtsnachfolger, ebenso umgekehrt.

Soweit durch die Klage eine von einem einzelnen Gesellschafter als Geschäftsführer zu erfüllende Verwaltungshandlung erzwungen werden soll, namentlich soweit es sich um ein nur durch diese Person erfüllbares persönliches Tun handelt — Offenbarungseid mit Haftzwang — Urkundenedition — Vollstreckungsstrafen — ist es sehr zweifelhaft, ob der an sich gegen alle Gesellschafter — die Gesellschaft — bestehende Anspruch von Dritten durch Klage gegen die Gesellschaft mit Vollstreckungszwang gegen den einzelnen durchgeführt werden kann. Gegen alle übrigen steht allerdings den Dritten ein Anspruch auf Durchführung ihres Anspruches gegen den einzelnen Geschäftsführer nicht zu, denn gegen alle übrigen besteht für Dritte bei der obligatorischen Natur des Rechtes auf Verwaltungshandlungen ein Anspruch überhaupt nicht. Sonach kann die auch für das Gesellschaftsvermögen unbedingt notwendige Vollstreckbarkeit derartiger Ansprüche nur durch Klage gegen alle Gesellschafter bzw. gegen den Verein durchgeführt werden, die Vollstreckung muss sich in notwendiger Weise auf die geschäftsführenden Gesellschafter beschränken. Die nichtgeschäftsführenden Gesellschafter haben einer solchen Klage gegenüber den Einwand, dass ihnen persönlich die betreffende Handlung nach den absolut wirkenden Bestimmungen über Geschäftsführung nicht zugemutet werden kann, während dagegen eine solche Einrede den Geschäftsführern als solchen nicht zusteht[1].

b) Das Sondervermögen und die Privatvermögen.

§ 18.

1. Das Anteilsrechtsverhältnis.

Die bisherige Darstellung ergibt, dass von einem positiven, namentlich also dinglichen Anteilsrecht an dem Sondervermögen oder seinen einzelnen Bestandteilen, also von einem Miteigentum, einer

[1] Vgl. unten S. 80.

gemeinsamen Forderung nach Bruchteilen nicht gesprochen werden kann. Es handelt sich beim „Anteil des § 719 BGB.“ um eine Gesamtbezeichnung für eine Mehrzahl verschiedenartiger Rechtsverhältnisse zwischen Gesellschaftsvermögen und Privatvermögen, welche sich von anderen derartigen Rechtsverhältnissen dadurch unterscheiden, dass sie aus dem Gesellschaftsvertrag als Folge des Bestehens einer Gesellschaft und eines Gesellschaftsvermögens teils rechtsnotwendig, teils auf Grund freier Vereinbarung als spezifische Gesellschafterrechte in bezug auf das Sondervermögen entstehen. Dem entspricht auch die Auffassung des RG.: „Anteil ist identisch mit der Zugehörigkeit zur Gesellschaft“ RG. LVII 415. Dies will sagen, mit dem Begriff „Anteil“ sollen alle diejenigen Beziehungen getroffen werden, welche zwischen Einzelgesellschaftern und dem Gesellschaftsvermögen, ja sogar der Gesellschaft als spezifisch gesellschaftliche entstehen. In Konsequenz hiervon wird vom RG. auch kein bestimmter Anteil am einzelnen Gegenstand (keine Bruchteile) anerkannt und ausdrücklich ausgesprochen, dass es sich auch um keine Forderung im Sinn einer rein obligatorischen Berechtigung bzw. Verpflichtung wie bei der actio pro socio handle, vielmehr um eine Rechtsstellung eigener Art — RG. LVI 100; LVI 208; LVII 415. —

Grundlage für alle anteilsartigen Ansprüche und Verpflichtungen der Gesellschafter ist ihre Zugehörigkeit zur Gesellschaft. Hierauf haben die einzelnen Gesellschafter einen rein obligatorischen Anspruch gegen die übrigen Gesellschafter aus § 705 717. Ein personenrechtliches Rechtsverhältnis, etwa analog der Mitgliedschaft eine „Gesellschafterstellung“, ist nicht vorhanden.

Die Schwierigkeit ist nun die, dass sowohl bei der Individualisierung als für die Verwaltung Beziehungen zu allen Gesellschaftern und Befugnisse oder Verpflichtungen aller Gesellschafter für die Behandlung der Gesellschaftsvermögensrechte in Rechtsverkehr und Rechtsstreit von absoluter Notwendigkeit und Bedeutung sind und Rechtswirksamkeit gegenüber Dritten ausüben.

Soweit es sich um Erzwingung von Verwaltungshandlungen, welche für das Gesellschaftsvermögen von den Geschäftsführungsverpflichteten durchgeführt werden müssen, durch Dritte handelt, geschieht dies auf Grund des speziellen materiellrechtlichen oder genereller prozessualer Ansprüche der Dritten, es ist nicht notwendig, hierfür etwa zunächst die internen Ansprüche der Gesellschaft oder der übrigen Gesellschafter aus der Geschäftsführung zu pfänden, ganz abgesehen davon, dass

letzteres im Gegensatz zur juristischen Person durch die §§ 717 725 BGB. ausgeschlossen ist.

Daneben ist aber vielfach für Dritte anlässlich des Vorgehens gegen das Gesellschaftsvermögen die Notwendigkeit gegeben, gewisse Anteilsverhältnisse formaler Art zunächst feststellen zu müssen. So wenn die Individualisierung von Rechten in Frage kommt oder die Bedeutung des Handelns eines Gesellschafters für Gesellschaftsvermögensrechte, namentlich wenn bestritten wird, dass der Betreffende überhaupt Gesellschafter sei, oder dass ihm nach den Regeln über Geschäftsführung das Recht zu dem betreffenden Handeln nicht zustehe. Hier handelt es sich an sich um Rechte zwischen einem Gesellschafter und den übrigen, welche aus dem zunächst obligatorischen Gesellschaftsvertrage hervorgehen. Da diese Rechtsbeziehungen und ihr Bestehen oder Nichtbestehen aber in der angegebenen Weise für das Gesellschaftsvermögen gegenüber Dritten absolut wirken, müssen sie jedenfalls im Feststellungsprozess von seiten des Dritten gegenüber dem Gesellschaftsvermögen, und zwar so durchgeführt werden können, dass die vermögensrechtlichen Nebenwirkungen — Kosten usw. — gegen das Gesellschaftsvermögen festgestellt werden können.

Schon wegen dieser absoluten Bedeutung handelt es sich hier um Anteilsrechtsverhältnisse von formeller Bedeutung, welche für jede Gesellschaft notwendig sind und teils zwingend geregelt sind, teils jedenfalls vertragsmässig positiv geregelt sein müssen, wenn nicht das subsidiäre Gesetz — § 709 ff. BGB. — zwingend in die Lücke treten soll.

Es ist sonach bei jeder Gesetzesregel, welche für Anteile rechtliche Bestimmungen festsetzt, zunächst zu prüfen, welche Art der Anteilsverhältnisse dabei getroffen werden soll. Nur soweit die Gesetzesnorm auf die absolut notwendigen Beziehungen und Befugnisse Bezug hat, kann für diese Norm Allgemeingültigkeit für alle Arten von Gesellschaften festgestellt werden.

Nicht notwendig mit Rücksicht auf die absoluten Wirkungen des Vorhandenseins des Gesellschaftssondervermögens ist dagegen die verschiedenartige Zuteilung des materiellen Ergebnisses des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschafter. Bei der Verschiedenartigkeit der Zwecke, namentlich bei der Möglichkeit rein alteruistischer, ausserhalb der Persönlichkeiten der Gesellschafter und namentlich ihrer Privatvermögensinteressen liegender Gesellschaftsbestrebungen kann ohne weiteres ein Teil oder die Gesamtheit der Gesellschafter von

jeglichem materiellen Anteil ausgeschlossen sein. Der hier neben dem Anteil an den Verwaltungsbefugnissen und den rein formellen Beziehungen aus dem Gesellschaftszweck notwendig sich ergebende Anspruch jedes Gesellschafters gegen die übrigen auf Mitwirkung bei der Zweckerreichung berührt im Gesellschaftsvermögensrecht nicht, auch dann nicht, wenn daneben für den einzelnen Gesellschafter ein geringer fixer Geldbeitrag festgesetzt ist. Soweit aber Rechtsbestimmungen einen, sei es nur auch ad hoc berechenbaren Anteil der einzelnen voraussetzen, sind solche Bestimmungen auf derartige Gesellschaften einfach unanwendbar.

Es kann sonach sich bei verschiedenen Gesellschaftsarten und wieder in einer Gesellschaft für die verschiedenen Gesellschafter das Mass von Rechten und Pflichten, welches zusammen den Anteil am Vermögen und den einzelnen Gegenständen im Sinne des Gesetzes darstellt, durchaus verschieden zusammensetzen. Nur soweit es sich also um unbedingt notwendige Beziehungen handelt, genügt für den Dritten die Feststellung, dass auf eine bestimmte Person sich der Gesellschaftsvertrag bezieht, dazu, um daraus abzuleiten, dass für den Betreffenden gewisse Bestimmungen des Anteilsrechtes massgebend sind.

Wie auf Grund einer solchen Feststellung der Zugehörigkeit zur Gesellschaft für eine bestimmte Person die rechtsförmliche Durchführung der erforderlichen Beziehungen dieser Person zu den in Frage kommenden konkreten Gegenständen seitens des Dritten sich vollzieht, ist bei der Darstellung dieser Beziehungen, namentlich bei der Individualisierung und für den Rechtsstreit im einzelnen ausgeführt worden. Folgende Hauptarten sind hervorzuheben:

I. Die rein formalen Beziehungen und Befugnisse.

Mit dem Entstehen des Sondervermögens sind die typischen Beziehungen zwischen den Gliedern der Personenmehrheit und zwischen dem Sondervermögen und seinen Bestandteilen gegeben, wie wir sie bei der Individualisierung und einer Reihe rein persönlicher Vorgänge bei Rechtsgeschäft und Rechtsstreit vorgefunden haben.

Die Gesellschaft und der einzelne Gesellschafter haben Ansprüche darauf, dass diese Beziehungen den Vorschriften der Rechtsordnung entsprechend tatsächlich und rechtsförmlich geregelt sind. Der mit diesen Klagen vorgehende Gesellschafter greift eine als Gesellschaftsindividualisierung damit notwendig einheitliche Individualisierung an,

weil dabei sein Name, seine Stellung als wenigstens mittelbarer Mitbesitzer nicht gewahrt ist, auf welche er aus dem Gesellschaftsvertrag ein absolutes Anrecht hat, welches sich gegen die übrigen Gesellschafter als notwendig einheitliche, angemasst ausschliessliche Inhaber dieser Individualisierungsstellung richtet. Der einzelne Gesellschafter kann mit diesen Klagen seine subjektive Beziehung zu jedem einzelnen Recht geltend machen. Dagegen ist keine derartige Spezialklage zur Durchführung dieser persönlichen Beziehungen zum Vermögen im ganzen vorgesehen, hierfür hilft bis zu gewissem Grad eine Feststellungsklage dahin, dass sich das Gesellschaftsverhältnis überhaupt auch auf den Kläger beziehe, denn daraus leiten sich diese persönlichen Beziehungen mit Rechtsnotwendigkeit ab. Der sehr erhebliche Unterschied besteht allerdings darin, dass eine Rechts-, speziell Individualisierungsveränderung durch eine derartige universelle Feststellungsklage nicht erreicht wird.

II. Die Verwaltungsbefugnisse und Verpflichtungen.

Genau wie die angeführten Beziehungen entstehen mit dem Gesellschaftsvermögen auf Grund des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages für jeden Gesellschafter in bezug auf das Sondervermögen und alle seine Bestandteile Anteile an der Verwaltung, welche sich bei den einzelnen Bestandteilen aber nur nach deren typischem Wesen verschieden gestalten.

Notwendig wirkt das Vorhandensein des Sondervermögens auf die an sich obligatorischen gegenseitigen Beziehungen bezüglich der Geschäftsführung in der Richtung ein, dass ein jeder Verwaltungsanteil nur notwendig gemeinschaftlich mit denen der anderen, also einheitlich an dem Sondervermögen als Ganzem wie an seinen einzelnen Bestandteilen ausgeübt werden kann, dass also auch hier eine selbständige Geltendmachung eines Bruchteilsrechtes jeder rechtlichen Wirkung entbehrt.

Die Rechte auf Geschäftsführung sind Rechte der Gesellschafter gegeneinander gemäss § 717 BGB. und sonach nicht Bestandteile des Sondervermögens. Die rein persönliche Natur der Gesellschafterstellung ist gegenüber der absoluten Wirkung der Ausübung dieser Rechte in § 717 dahin bevorzugt, dass diese Ansprüche eben rein persönlich bleiben, nicht abgetreten und nicht gepfändet werden können, sonach nicht ersetzbar sind. Sehr zweifelhaft ist danach, ob die

Rechte auf (Vermögenswerte-)Leistungen, welche gegen einen Gesellschafter oder für einen Gesellschafter direkt auf Grund des persönlichen Geschäftsführungs-(Auftrags-)Verhältnisses in aktiver und passiver Beziehung entstehen, Bestandteile des Gesellschaftsvermögens sind oder nur den übrigen oder gegen die übrigen Gesellschafter zustehen. § 718 „durch Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände" trifft dann zu, wenn die Geschäftsführung für die Gesellschaft nach aussen erkennbar hervortrat, dann fällt schon nach § 164 BGB. das vermögensrechtliche Resultat der Geschäftsführung in das Gesellschaftsvermögen. Soweit sonach i. S. d. § 667 BGB. nur die blosse Herausgabe von Gegenständen, welche zum Gesellschaftsvermögen gehörten oder nach § 718 164 BGB. solche geworden sind, also lediglich Besitzübertragung bezweckt wird, muss man annehmen, dass schon dieser Herausgabeanspruch als Ausfluss des der Gesellschaft zustehenden oder für sie erworbenen Eigentumsrechtes zum Sondervermögen gehört. Soweit aber nach § 164 BGB. der betreffende Gegenstand noch Eigentum des beauftragten Geschäftsführers ist, steht der Anspruch aus § 667 BGB. in Verbindung mit § 713 BGB. nach § 717 BGB. nur den übrigen Gesellschaftern zu, lediglich mit der inhaltlichen Abwandlung, dass Leistung an die Gesellschaftskasse verlangt werden kann — RG. LIV 106.

Eine sehr schwierige Frage ist, inwieweit seitens eines Dritten der Anspruch auf eine persönliche Handlung, namentlich beispielsweise auf Leistung des Offenbarungseides, Abgabe einer Abrechnung, Vorlage eines Vermögensverzeichnisses — § 259 ff. BGB. gegenüber der Gesellschaft gleichzeitig mit dem Anspruch auf diese Verwaltungshandlung des oder der zur Geschäftsführung berechtigten Gesellschafter verbunden werden kann. Eine Pfändung des letzteren Anspruches auf Grund des siegreich durchgeführten ersteren Anspruches ist, wie schon ausgeführt, unmöglich. Es könnte sich nur fragen, ob in dem Titel gegen die Gesellschaft das etwa inzidenter festgestellte Geschäftsführungsverhältnis eines bestimmten Gesellschafters dahin spezialisiert werden könnte, dass der Anspruch auf die betreffende Handlung direkt gegen den betreffenden Gesellschafter vollstreckt werden könnte. Es besteht nun aber für den Dritten weder gegen alle übrigen Gesellschafter ein Anspruch darauf, dass diese ihren obligatorischen Anspruch aus § 713 664 gegen den Gesellschafter durchführen, noch besteht eben ein absolut gültiger Leistungsanspruch der Dritten gegenüber dem einzelnen Gesellschafter auf Ausführung seiner Verwaltungs-

handlungen. Eine zwangsweise Durchführung des Anspruches gegen die Gesellschaft, direkt gegen einen Gesellschafter ist sonach ausgeschlossen, es muss zunächst die Zwangsdurchführung gegen alle Gesellschafter gerichtet werden, und erst in diesem Zwangsvollstreckungsverfahren werden einzelne nichtgeschäftsführende Gesellschafter entsprechende Einwendungen erheben können[1].

III. Die materiellen Anteilsverhältnisse.

Die wesentlichsten Rechtsverhältnisse, welche aus den durch die Gesellschafterstellung gegebenen Anteilen am Vermögen und den einzelnen Gegenständen abfliessen, sind diejenigen auf materielle Anteilnahme bei Verfolgung des Gesellschaftszweckes, sei es auf irgendwelchen ideellen oder materiellen Genuss, sei es auf rein materiellen anteiligen Gewinn oder endlich auf einen Teilbetrag des materiellen Endergebnisses. Der Satz von der Unzulässigkeit der Societas leonina trifft nicht mehr zu bei den Gesellschaften, bei welchen die Erreichung eines idealen Zweckes Hauptsache ist und bei denen sogar ein idealer anteiliger Genuss der Gesellschafter ausgeschlossen sein kann. Dagegen gilt er nach wie vor bei den Gesellschaften und Vereinen, bei welchen Erzielung materiellen Genusses für die Gesellschafter Gesellschaftszweck ist. Nicht rechtsnotwendige Konsequenz ist ein Anteil am negativen Betriebsergebnis, Verlust-Zuschusspflicht, (dagegen § 707 BGB.) und die Deckungspflicht des § 735 BGB., diese kann vertragsmässig ausgeschlossen sein, auch bei der offenen Handelsgesellschaft trotz § 128 HGB., welcher überhaupt nicht eine negative gesellschaftliche Anteilspflicht aufstellt.

Im allgemeinen sind die positiven Anteilsrechte und die negativen Anteilspflichten als Rechtsverhältnisse obligatorischer Natur[2] aufzufassen, der § 717 BGB. nennt sie Ansprüche der Gesellschafter gegeneinander.

---

[1] Vgl. vom prozessualen Standpunkt aus oben S. 66.

[2] Dingliche Rechte negativer Art wenigstens Eigentum undenkbar. — Savigny l. c. sprach noch von dem Anteilsrecht „als einem in Eigentum an Geldsummen aufgelöstem Recht“. Dabei ist die negative Seite nicht beachtet. — Vgl. dagegen § 51 KO. (Art. 44/16). Dort ergibt sich für Gesellschaft im Gegensatz zur Gemeinschaft (höchstens nachträglich Kompensation aus § 753 755 756, die sich allerdings einem nicht dinglichen, sondern obligatorischen Abrechnungsverhältnisse nähert, aber ohne Deckungspflicht § 735) unter Umständen negativer Anteil als Konkursforderung.

Gegenstand dieser Rechtsverhältnisse ist der vorhandene positive oder zu deckende negative Inhalt des Sondervermögens, sei es seinem primären oder seinem Wertgehalte nach.

Nur auf Grund besonderer Vertragsbestimmungen und in dem letzten Stadium der Auseinandersetzung kann es sich um dingliche Rechte stets nur an einzelnen oder gleichmässig allen noch vorhandenen Bestandteilen, nie am Sondervermögen als Ganzem handeln.

Anteilsarten.

1. Die Einlagen und Geschäftsguthaben[1] (Kapitalanteil).

Nach § 706 733 BGB., § 120 122 HGB. ist für den Gesellschafter eine Schätzung der von ihm zu Eigentum der Gesellschaft eingebrachten Sachen, der an sie abgetretenen Forderungen, sowie der vertragsmässig zu einer Schätzung für das Sondervermögen bestellten Rechte vorzunehmen, und bei den ferneren Abrechnungen ist die einmal vorgenommene Schätzung zu beachten, d. h. als Aktivposten in dem Anteilskonto zu berücksichtigen. Die Schätzung hat entweder zur Zeit der Einbringung oder zur Zeit der Auseinandersetzung zu erfolgen. Der Gesellschafter hat einen Anspruch auf Schätzung. Rückgabe der Einlagen, die nicht in Geld bestanden, kann in Natur auf Grund vertragsmässiger von § 733 abweichender Vereinbarung ausbedungen sein. Ein durch Schätzung festgestellter Aktivposten im Anteilskonto kann auch vertragsmässig rein willkürlich für einen Gesellschafter als Entgelt für seine persönliche Beteiligung usw. angesetzt werden, für andere nicht.

Damit ist die Grundlage zu einem besonderen Anteilsabrechnungsverhältnis — dem Anteilskonto — gegeben. Es ist dies nicht etwas rechtlich Wesenloses, sondern eben ein Anspruch auf Abrechnung[2], der gewisse Analogien in seiner technischen Durchführung zum

[1] Thöl, HR. I 314 ff.

[2] Während Dauer der Gesellschaft kein Recht von bestimmtem Vermögenswert. Vgl. „keine selbständigen Teilrechte". (Ehrenberg.) GV. 225. Renaud (KG.) 228 zu Nr. 14 Variabilität des Geldwertes der Anteile. Laband XXXI 45 58. Staub (5. A.) 169 Nr. 1. Lutz, Pr. III 996 1022. GenTh. 497 Nr. 2. GenR. II 947 Nr. 23. Hier wird stets noch die möglicherweise negative Natur — das Alternieren zwischen Aktiv- und Passivsaldo zu wenig beachtet. Vgl. noch ZfHR. VII 470. Thöl I 313 „Gebuchte Wertsumme". v. Hahn 377 ff. 440. Renaud (KG.) 23 f. Knoke 94 Nr. 9. Vgl. Laband XXXI 44. Gestalt des Saldos. Vgl. § 259 261 BGB. Prot. II 427. Falsch ist es, mit Knoke von rechnerisch unbestimmbaren Anteilen zu reden, es liegt nur kein rechtlicher Anlass ausser der Auseinandersetzung dazu vor.

kaufmännischen Kontokorrentverhältnis der §§ 355—357 HGB. aufweist. Nur beruht allerdings im Gegensatz zu letzterem die Einreihung der verschiedenen Posten im Konto nicht auf einem besonderen Kontokorrentvertrag, auf Grund dessen Forderungen und Schulden aus den verschiedensten Rechtsgründen zu einem einheitlichen neuen Rechtsgrund noviert werden; vielmehr beruht sie eben auf dem Gesellschaftsvertrag als einem auch bei der bürgerlichen Gesellschaft von Anfang an einheitlichen Rechtsgrund für die verschiedenen einzelnen Posten.

a) Bei der bürgerlichen Gesellschaft ist eine Abänderung dieses Verhältnisses im Gesetze nur nach § 735 BGB. vorgesehen, so § 721 BGB., der nur für Gesellschaften mit längerer Dauer eine jährliche Rechnungsabschliessung und Gewinnverteilung vorsieht.

Als Passivposten ist eventuell der Anteil an der Deckungsumlage zu betrachten, welche nach Gesetz auf alle Gesellschafter, auch auf solche ohne Aktivposten umgelegt wird. Das Resultat dieses Abrechnungsverhältnisses kann ein positives oder negatives sein. Mit dem Ansatz einer Passivpost im Auseinandersetzungsverfahren wird diese Art Anteil aus einem Anspruch auf Anrechnung (facere) zu einem Leistungsanspruch (dare) von positivem oder negativem geldwerten Inhalt. Dieses notwendig alternierenden Inhaltes wegen kann man nie von einem bestehenden Anteilsrecht an dem Sondervermögen mit positivem Inhalt sprechen[1]. Der Unterschied gegenüber der Aufrechnung wie gegenüber dem Kontokorrentvertrag liegt darin, dass es sich bei diesem zunächst hüben und drüben um Rechte von positiv berechenbarem geldwertem Inhalte handelt, deren Erfüllung nur durch das Aufrechnungs- oder Kontokorrentverhältnis beeinflusst wird, während bei dem Abrechnungsverhältnis im Gesellschaftsvertrag nach dessen aleatorischer Natur das Entstehen eines Rechtes noch in Frage gestellt ist.

---

[1] Daher Plank zu § 719 „die Anteile der Gesellschaft treten während Dauer der Gesellschaft nicht hervor". Daher auch kein Depositum irregulare in der Einlage zu erblicken. Vgl. RG. XII 86. Knoke § 31. Staub (5 A.) 169. — Überhaupt hat man Partizipations- — Guthaben — und Kapital-Konto zu scheiden, ür den definitiven Auseinandersetzungsanspruch wird ersteres auf Grund des letzteren nach § 734 735 BGB. berichtigt. Die Summe der + - oder — Partizipationskonti gibt, zusammengerechnet, nicht das Kapitalkonto; daraus ist daher das Condominium nicht abzuleiten, bei dem negative Teile überhaupt unmöglich wären. Anders Laband XXXI 47 51.

Wenn der § 717 BGB. davon spricht, „was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt“, so ist damit der Inhalt des letztgenannten Rechtes gemeint. Vor dem erwähnten Zeitpunkt ist es nur ein inhaltlich aleatorischer Anspruch auf Herbei- und Durchführung der Auseinandersetzung[1] — § 725 BGB., vgl. RG. LX 131 —.

b) Bei der Handelsgesellschaft dagegen § 120 HGB. und vertragsmässig analog bei der bürgerlichen Gesellschaft ist eine Abänderung während Bestehens durch Zuschreibung des Gewinnes, Abschreibung des Verlustes vorgesehen.

Dabei ist im HR. im Gegensatz zu § 721 Abs. 2 nur insoweit ein Anspruch von positivem geldwertem Inhalt gegeben, als ein Recht auf Abhebung des Gewinnes und Entnahme von 4 % des Kapitalanteiles zusteht, verbunden selbstverständlich mit der Verpflichtung, sich diesen Betrag abschreiben zu lassen. Die vorgeschriebene Verzinsung dagegen ist nur ein Teil des Anspruches auf Berechnung analog dem Anspruch auf ursprüngliche Schätzung im NHGB.[2], nur dahin modifiziert, dass dies nur als Vorzugsanteil an vorhandenem Gesamtgewinn auf Grund eines zurzeit positiven Abrechnungsresultates des Guthabens zu berechnen ist.

Dagegen entsteht eine Pflicht zum Zuschuss des abgeschriebenen Verlustes nach § 707 BGB.[3] nicht. Es kann jedoch vertragsmässig eine Verlustzuschusspflicht während Bestehens der Gesellschaft verab-

---

[1] Es ist aber nicht etwas juristisch Wesenloses. Staub (5 A.) § 5 zu Art. 106 und § 6 zu Art. 91 (6 A.) Anm. 7 zu § 120. Vgl. Cosack 550 (HR.). Jur. Woch. (1895) 454. v. Hahn § 4 Nr. 3 zu Art. 106. Behrend I 470. Nach Staub sind die Zahlen nur fiktiv, sie stellen weder Ansprüche, noch Schulden, noch Miteigentumsquoten dar. Vgl. noch A. 5. C. zu § 122. Anders Laband XXXI 51. — Sie sind aber doch auf Grund des Abrechnungsverhältnisses angesetzt, auf ihre Ansetzung besteht ein Anspruch, aus ihnen wird mit endgültiger (vgl. § 122 HGB., § 721 BGB. „Anspruch auf jährlichen Rechnungsabschluss“) Wirkung der Gewinn berechnet und ausbezahlt. — Allerdings ist von dinglichem Anteil am Vermögen keine Rede, es wird mit Hilfe obligatorischer Verhältnisse die kapitalmässige Transformation vorgenommen, daher Denkschrift zu § 87 HGB. „Kapitalanteil in § 122 HGB.

[2] Teilweise als fingiertes Kreditum bezeichnet. Vgl. Prot. II 416 423 „Gebuchte Wertsumme“ trägt Zinsen. Thöl I 312.

[3] Es entsteht durch Abschreibung nur ein Passivposten in dem Abrechnungsverhältnis, nicht ein passiver Haftungsanspruch gegen das Privatvermögen. GenTh. 502 Nr. 5 und 499 sub II. RG. III 18. Daher auch keine Verzinsung, v. Hahn I 326 Nr. 13 i. f.

redet sein, ein geldwerter Anspruch gegen das Gesellschafterprivatvermögen besteht dann mit dem Abschluss der Abrechnung.

2. Gewinnanteil- und Benutzungsrechte.

Grundlegend[1] ist auch hier das Abrechnungsrechtsverhältnis. Es besteht nach § 721 BGB., § 120 121 HGB. ein Anspruch auf Rechnungsabschluss[2] zum Zwecke der Gewinnbestimmung. Massgebend sind dabei zunächst Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, so die Schätzungen nur zum Zwecke der Gewinnberechnung — § 706 BGB. —, weiterhin spezielle Vertragsabmachungen im einzelnen Falle. Davon abgesehen, geht der Anspruch auf wahrheitsgemässe Feststellung des derzeitigen Wertes, nicht aber auf Aufstellung fiktiver Zahlen. Wird die Aufstellung angezweifelt, so kann demgegenüber Klage auf Anerkennung[3] — Anspruch aus § 717 — erhoben werden.

Mit Abschluss der Berechnung entstehen Ansprüche auf den festgesetzten Gewinn, das Recht auf Entnahme ist nach § 122 HGB. in Abhängigkeit von den Gesellschaftszwecken gebracht. Dieser Anspruch ist ein reiner Haftungsanspruch auf einen bestimmten Geldbetrag gegenüber dem Gesellschaftsvermögen, es fehlt an einem persönlichen Schuldner, auch für die offene Handelsgesellschaft besteht keine subsidiäre Haftung der Gesellschafter nach § 128 BGB. Genau ebenso ist der Auseinandersetzungsanspruch zu charakterisieren, wenn hier auch ein persönlicher Deckungsanspruch nach § 735 BGB. hinzutritt. Auf diese Haftungsansprüche trifft aber noch das Gesellschaftsrecht, namentlich also § 708 zu, im Gegensatze zu den Ausscheidungsansprüchen nach § 738 BGB., welche allein aus der Tatsache des Ausscheidens oder des Ausschlusses, also auf Grund einer ausdrücklichen Beendigung des allein die milderen Gesellschaftsregeln — § 708 — veranlassenden Gesellschaftsverhältnisses entstehen.

Besonderheiten entstehen, wenn den Gesellschaftern an Stelle des Gewinnes ein Recht auf Ausnützung von Gegenständen des Gesellschaftsvermögens, seien es dingliche Rechte an fremder Sache oder

[1] ALR. l. zit. ErlPrGes. § 244 251 ff. CC. 1853 SBGB. 1365 W. 406 Nr. 13. Mot. 616. Staub zu § 120. Histor. zu Nutzungsrechten an primären Bestandteilen. Häusler Inst. I 247.

[2] v. Hahn I 324 ff. Thöl (6 A.) I 313. Birkmeyer 328. VoR. S. 23 Prot. (Lutz) III 1021. (§ 992 ff. 995 1020). ROHG. IX 38.

[3] ZfHR. XI 544 „Klage auf Anerkennung eines Inventars".

aber nur obligatorische Ansprüche auf Duldung der Benützung aus dem Gesellschaftsvertrag zusteht. Auch solche Rechte sind gerade aus dem letzteren Grund als Anteilsverhältnisse zu betrachten, namentlich trifft daher auf alle Arten § 708 zu. Insbesondere kann ein derartiger Anteilsanspruch auf Zuscheidung von Gegenständen des Sondervermögens — Erträgnisse — Gegenstände, welche dem Gesellschaftszweck nicht mehr dienen können, gehen. Ausserdem werden vielfach Rechte auf Mitbenützung oder ausschliessliche Benützung von Gesellschaftsgegenständen zu Privatarbeitszwecken der einzelnen Gesellschafter als deren Anteil festgelegt.

Niemals wird auch durch solche selbst dingliche Benützungsanteilsrechte ein direktes Zugehörigkeitsteilrecht (Miteigentum-, Teilforderung) begründet[1], sondern höchstens ein das Eigentum usw. beschränkendes Nutzungsrecht, meist wohl nur ein Forderungsrecht auf Übereignung.

3. Der Auseinandersetzungsanspruch.

An den eingebrachten Gegenständen wacht auch im Auseinandersetzungsstadium kein Privateigentum wieder auf, hier ist der Auseinandersetzungsanspruch ein solcher auf Rückerstattung der Einlage in Geld, und das Sondervermögen ist dazu in Geld umzusetzen, Bestandteile als solche können nur durch Annahme an Erfüllungsstatt ins Privatvermögen übergehen.

Wenn aber nach § 733 alle Schulden und Einlagen, soweit vertragsmässig nicht auch dieses ausgeschlossen ist, in obiger Weise gedeckt sind, hat man für den Überschuss des § 734 BGB. nach § 731 die Regeln von der Gemeinschaft anzuwenden und an allen einzelnen Vermögensbestandteilen für alle Gesellschafter Zugehörigkeitsanteile i. S. d. §§ 741 428 BGB. anzunehmen[2]. Den Teilungsmassstab

[1] Angesichts solcher Rechte an primären Bestandteilen, namentlich auch für die Auseinandersetzung wollte Renaud (KG.) 325 entgegen Thöl § 91 Nr. 95 eine praktische Wirkung der ideellen (nach Knoke allerdings nicht einmal berechenbaren!) Anteile sehen. Es ist dies nur eine vorweg genommene Datio in Solutum. Eigentumsrecht entsteht erst mit der Zuteilung. Anders franz. Recht: „Le partage est déclaratif et non translatif de propriété CC. § 1872 883. Vgl. dazu § 752 BGB. „mehrere Gegenstände gemeinschaftlich". Zuteilung eines derselben.

[2] GenTh. 499 N. 2 i. f. Prot. II 426 Antrag. Vgl. Laband XXXI 61. Auch ohne Einlage und ohne Kapitalanteil gilt § 734, wenn ein Gesellschaftsvertrag und danach Sondervermögen vorliegt und nur dann auch bei „Offener Handelsgesellschaft" trotz Labands zit. Ansicht.

hat man den §§ 734 722 bzw. bei der offenen Handelsgesellschaft dem § 121 HGB. mit seinem Vorzugsansatz von 4% aus dem Betrage der Guthaben zu entnehmen, danach ist für jeden einzelnen Gesellschafter eine Quote zu berechnen, welche dessen ideellen Anteil an den übrigbleibenden Einzelgegenständen entspricht. Es ist eine Unmöglichkeit, die im § 731 einmal angeführten und für massgebend erklärten Teilungsbestimmungen des Gemeinschaftsrechtes auf andere als gewöhnliche Gemeinschaftsverhältnisse anzuwenden. Das Gesamthandsprinzip kennt seiner Natur nach keine quotativen Anteile, mit dem Moment, in welchem gemäss § 734 731 BGB. der Gesamthandszweck weggefallen ist und an der Restmasse quotative Anteile bestimmbar sind, verwandelt sich das Gesamthandseigentum usw. in gewöhnliches Miteigentum usw., denn mit diesem Moment ist keine Zweckgemeinschaft, sondern nur noch kasuelle Gemeinschaft vorhanden. Für die Auseinandersetzung dieser Gemeinschaft an mehreren Sachen ist § 753 731 ff. BGB. massgebend. — Vgl. bei der offenen Handelsgesellschaft § 158 HGB.

4. Anspruch auf Vorzugsbefriedigung — §§ 733 755 f. BGB. § 51 KO. —

Ein eigentümlicher Anteilsanspruch ist folgender:

Im Gegensatze zu den bisherigen Ansprüchen, namentlich auch zu dem auf Auslagenersatz während Bestehens des Sondervermögens, steht der Anspruch auf Befriedigung aus dem Sondervermögen bei der Auseinandersetzung für gemeinschaftliche Schulden, für welche einem Gesellschafter die übrigen als Schuldner haften § 733 BGB. und in Verbindung hiermit die Vorzugsbefriedigung zugunsten der Gesellschafter auf Grund einer besonderen Haftung des Anteiles eines jeden Gesellschafters für Schulden, welche auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses anderen Gesellschaftern gegenüber entstanden sind.

Bei der Durchführung dieser Ansprüche, namentlich desjenigen aus § 733 BGB., wird zunächst, wie bei dem auf Rückzahlung der Einlagen, auf die Möglichkeit einer Deckungspflicht des Berechtigten Rücksicht zu nehmen sein; der Berechtigte kann nur verlangen, dass der Anspruch ihm auf seinem Anteilskonto als Aktivposten angesetzt werde, bzw. dem Verpflichteten als Passivposten belastet werde. Ein Anspruch auf Auszahlung entsteht erst mit dem Rechnungsabschluss. Soweit Bilanzführung durch Gesetz oder Vertrag vorgeschrieben ist,

wird der Berechtigte mit Entstehung der Haftung der übrigen Gesellschafter Buchung auf seinem Aktivkonto verlangen können. Dies ergibt sich aus dem allgemeinen Anteilsabrechnungsverhältnis.

Die Geltendmachung dieser materiellen Anteilsrechte.

a) Einerseits sind es Rechte aus dem Abrechnungsverhältnis auf Abrechnungs- — Schätzungs- — Handlungen. Da es sich hierbei nicht um Verwaltungshandlungen für den Gesellschaftszweck handelt, ist es zunächst zweifelhaft, ob dem Kläger die übrigen zu einem notwendig einheitlichen Tun verpflichtet sind, dazu also unter Umständen als notwendige Streitgenossen verklagt werden müssen. Da nun aber eine definitive Abrechnung nur unter Beteiligung aller Gesellschafter stattfinden kann, liegt auch hier gegenüber allen übrigen eine notwendige Streitgenossenschaft vor, denn jeder einzelne Gesellschafter kann sein Abrechnungsguthaben nur allen anderen Gesellschaftern gegenüber einheitlich zur Feststellung bringen.

Eine notwendige Streitgenossenschaft ist auch für die Ansprüche nach § 717 nur dann nicht vorhanden, wenn einer oder mehrere Gesellschafter ihre Pflicht zu einem nach dem Gesellschaftsvertrag für ihre Person speziellen Handeln bestreiten, oder wenn Rechte derartig spezieller Art geltend gemacht werden. Sowie es sich um Rechte und Pflichten aus der infolge des Vorhandenseins des Gesellschaftsvermögens notwendig einheitlich geregelten Geschäftsführung und der Notwendigkeit, dass letztere eben allen Gesellschaftern zusammen gleichmässig und gleichartig zustehen muss, handelt, liegt wieder eine notwendige Streitgenossenschaft aller übrigen Gesellschafter vor.

b) Alle Klagen[1], welche Leistungen geldwerten Inhaltes auf Grund von materiellen Anteilsansprüchen oder auf Grund von Anrechten auf die rein persönlichen Beziehungen (Grundbuchberichtigungskosten) und Verwaltungsteilnahme (Auslagenersatz)[2] beanspruchen, sind als gemeinschaftliche Schulden aller übrigen i. S. d. § 733[3] jedenfalls bei der Auseinandersetzung gegen das Sondervermögen geltend zu machen. Aber auch schon während Bestehen des Sondervermögens

[1] Vgl. Renaud 441. Vgl. Staub 417. ROHG. XII Nr. 12; XXII Nr. 45; XXV Nr. 38. SA. XXXIX 321. Busch XXVIII 373.

[2] GenTh. 537. Behrend § 67 Abs. 3. ROHG. VI Nr. 28. RG. III Nr. 18. Staub, Exkurs zu § 342, Anm. 8.

[3] Auf die Schwierigkeit, § 717 733 BGB. und § 736 ZPO. zu vereinigen, macht Knoke S. 36 aufmerksam. Staub 415. A. 17. Laband XXXI 61.

wird man schon unter Anwendung des Auftragsrechtes — § 713 BGB. — dann aber für alle periodischen Gewinn- und Benutzungsansprüche zu dem Resultat kommen müssen, dass sie, weil sie sich nur auf das Sondervermögen beziehen, im Zwangsweg auch nur aus dem Sondervermögen befriedigt werden dürfen. Ein Titel gegen alle übrigen auf Duldung der Entnahme genügt dann, wenn die Geschäftsführungsregeln eine derartige tatsächliche Selbstentnahme[1] zulassen. Er genügt aber dann nicht, wenn im Wege der §§ 735 736 ZPO. zwangsweise Anspruchserfüllung durchgeführt werden muss. Dies muss zu der Konsequenz führen, dass derartige an sich auf § 717 beruhende Ansprüche gegen alle Übrigen, soweit ihr Inhalt vermögensrechtlich nur aus dem Sondervermögen befriedigt werden kann, durch Klage gegen alle Gesellschafter — den Klagenden mit eingeschlossen — bzw. gegen den Verein geltend gemacht werden können.

Die Beendigung des Anteilsrechtes.

Man wird annehmen müssen, dass ungeteiltes Vermögen vorhanden sei, solange noch Gesellschaftsschulden oder Firmenverbindlichkeiten bestehen. Danach ist eine Beendigung der gesetzlich vorgesehenen Auseinandersetzung mit der Wirkung des § 730 BGB. und der Fälligkeit obiger Ansprüche solange nicht anzunehmen; für die Handelsgesellschaft kann auch nicht durch Vertrag ein Schluss der Auseinandersetzung, d. i. das Ende des Sondervermögens mit allen seinen Wirkungen angesichts des § 158 HGB. festgesetzt werden. Solange danach noch Deckungsansprüche aus § 735 BGB. umzulegen sind, hat man sie als Bestandteile des nach § 730 BGB. fortdauernden Sondervermögens anzusehen. Dieses letztere treffen alle damit verbundenen Auslagen, und so entstehen neue Gesellschaftsschulden, es gilt weiter § 736 ZPO. und § 735 BGB.

Allerdings wird diese durchgreifende Anwendung des Vermögensbegriffes nach aktiver und passiver Richtung auf das Sondervermögen zunächst befremden. Nimmt man aber einmal Gesellschaftsschulden an, so muss man prinzipiell nach § 730 BGB. die Gesellschaft insolange fortbestehen lassen, als irgendwelche Gesellschaftsschulden noch zu decken sind, abgesehen natürlich bei der bürgerlichen Gesellschaft von der Möglichkeit, dass vertragsmässig diese Wirkung des § 730

[1] ROHG. XIX 416. Staub zu § 122, Anm. 5 E XI.

wegbedungen ist. Ein gesetzlicher Weg, wie Gesellschaftsschulden nach einem früher zu legenden Schlusse der Auseinandersetzung einfach auf die Gesellschafter als Privatpersonen übergehen sollten, ist gesetzlich nicht vorgesehen. Im Erbrechte musste dies für die Erben ausdrücklich bestimmt werden, § 2058, 2060 ff. BGB., dort ist ausdrücklich nur von einer Teilung der aktiven Erbschaftsmasse die Rede. Ganz ähnlich statuiert § 1480 eine Gesamthaftung der Ehegatten, wenn bei Auseinandersetzung des Gesamtgutes Schulden ungetilgt bleiben. Eine ähnliche Bestimmung findet sich in § 419 BGB., doch ist dieser Paragraph jedenfalls nicht direkt auf die Realisierung der Auseinandersetzungsanteile bzw. das Entstehen der Gemeinschaftsanteile — § 731 BGB. anzuwenden. Denn es wird eben nicht ein Vermögen oder auch nur ein Teil eines Vermögens, ein Fall, welchen § 419 übrigens nicht erwähnt, übertragen.

Die einzige Abhilfe wird durch § 823 Abs. 2 bzw. § 826 BGB. geschaffen werden können. Man wird § 733 BGB. und § 158 HGB. als Schutzgesetze zugunsten der Gläubiger auffassen können, allerdings sind blosse Forderungsrechte der Gläubiger keine Objekte von Handlungen i. S. d. § 823 BGB.

Das Gesetz selbst geht davon aus, dass eben die gemeinschaftlichen Schulden und noch mehr die Gesellschaftsschulden schliesslich dadurch getilgt werden sollen, dass auf Grund von Zuschussansprüchen gegen die einzelnen Gesellschafter die Schuldenlast der Gesellschaft auf die einzelnen Gesellschafter überwälzt wird.

Wenn also die Gesellschafter definitive Beschränkung auf das Gesellschaftsvermögen in einer nach aussen gültigen unanfechtbaren Weise herbeiführen wollen, ohne gegen § 823 Abs. 2 826 BGB. zu verstossen, muss vor der Auseinandersetzung satzungsgemäss zum mindesten die Zuschusspflicht nach § 735 BGB. ausgeschlossen sein, logischerweise wird man sogar verlangen müssen, dass eine derartige Regelung nach aussen, wenn auch nur aus dem Wesen der Gesellschaft bzw. des Vereins erkennbar ist.

§ 19.

Das Anteilsverhältnis und die Privatvermögen.

Verschiedenartige Rechtsverhältnisse, Rechte, Ansprüche, rechtliche Beziehungen und Befugnisse fasst das BGB. unter dem Begriff „Anteil am Sondervermögen und den einzelnen Gegenständen in den

§§ 719 738“ zusammen, einen Teil derselben benennt das HBG. Kapitalanteil. Man hat vielfach versucht, diese Rechte zusammen als ein Sondergut im Privatvermögen aufzufassen, für Bekker[1] ist das Sondervermögen nur die Summe aller Sondergüter. Hierbei ist nun zunächst zu beachten, dass, abgesehen von dem Erbschaftsanteilsrecht im Privatvermögen des Erben, alle anderen Sondergüter im BGB. Sondervermögen mit ähnlicher Zusammensetzung wie das Gesellschaftssondervermögen selbst aus allen denkbaren Typen von Rechtsgegenständen bestehend sind. Demgegenüber sind die Anteilsrechte und Befugnisse alles Ansprüche eigener Art in bezug auf das Gesellschaftsvermögen und die darin zusammengefassten verschiedenartigen Rechtsgegenstände. Eine rechtliche Bedeutung als Sondergut im Privatvermögen wäre dem Anteilsverhältnisse nur dann zuzuerkennen, wenn an diesem als Ganzem ähnliche eigenartige Rechtsregeln zuträfen wie für die Sondergüter im Ehegüterrecht, wenn der Anteil jedenfalls, soweit er nicht negativer Natur ist, in materieller Beziehung und bezüglich der formellen Befugnisse gegenüber den sonstigen Bestandteilen des Privatvermögens eine rechtlich getrennte Behandlung erfahren würde, namentlich zum Nachteile der Privatgläubiger[2]. Im Ehegüterrecht ist für die Sondervermögen ein wesentlicher Anlass für die Auseinanderlegung des Vermögens derselben Person in mehrere Gütermassen derjenige, dass die Einzelsondergüter mindestens für gewisse Arten von Schulden nicht wie die übrigen Vermögensbestandteile derselben Person haften, wenigstens solange für das Sondergut eine Zweckgebundenheit als Ehegut eigener Art besteht. Ähnlich ist auch der Anteil des Gesellschafters als Sondergut im Privatvermögen insofern zu betrachten, als für seine Pfändbarkeit zugunsten der Privatvermögensgläubiger die besonderen Bestimmungen der §§ 725 717 736 738 BGB., § 135 HGB. gegeben sind. Es ist zu beachten, dass § 725

[1] GenTh. 507 f. Ehrenberg (BH.) 345 f. 371 § 68. ROHG. XII Nr. 84. Vgl. Knoke 92 oben „Inbegriff“. Laband XXXI 60 „Handelsvermögen des einzelnen Gesellschafters ist sein Anteil“. Renaud (KG.) 422 f. Denkschrift zu NHGB. 94.

[2] GenTh. 461 N. 2. Ausbildung gesonderter Wertanteile ROHG. XXIV 160 „Sondervermögen wird ausgeschieden, da es bestimmte (namentlich positive) Anteile manchmal gar nicht gibt und es verhindert werden muss, dass Privatgläubiger eines Sozius ohne Aktivsaldo eine dingliche Mitberechtigung am primären Komplex pfänden können“. Vgl. § 725 BGB., der, abgesehen vom Kündigungsrechte, nichts als eine notwendige Konsequenz des Sondervermögensbegriffes bei der aleatorischen Gesellschaft enthält.

die Pfändung des Anteiles als solchen vorsieht. Es besteht der Unterschied gegenüber den Sondervermögen im Ehegüterrecht, dass dort im Ehegüterrecht unter Umständen der Zugriff der Privatgläubiger speziell der Ehefrau bezüglich der ganzen Gütermasse ausgeschlossen ist, während in § 725 an die Pfändung des Anteiles die Möglichkeit geknüpft ist, durch Herbeiführung der Auflösung der Gesellschaft oder wenigstens der sofortigen Ausscheidung des Anteiles für die Privatvermögensgläubiger dasjenige zu sichern, was nach dem derzeitigen Stande der Gesellschaftsverhältnisse materiell dem Privatschuldner zukommt. Ausgeschlossen ist durch diese Bestimmung nur der Eingriff des Privatgläubigers in die Geschäftsführung und selbständige Entwicklung des Gesellschaftssondervermögens, die im Gesellschaftsvermögen zusammengefassten Einzelgegenstände sind im Gegensatze zu den Bestimmungen über die Sondergüter im Eherecht den Privatvermögensgläubigern dauernd entzogen.

Andererseits tritt bei den Sondergütern im Eherecht die Eigentümlichkeit hervor, dass gewisse Schulden vorzugsweise aus der betreffenden Gütermasse zu decken sind. Rein prinzipiell lässt sich ja auch für das Gesellschaftsvermögen der Satz aufstellen „für Gesellschaftsschulden haften die Gesellschafter jedenfalls zunächst mit ihrem Anteil am Sondervermögen". Eine besondere Radizierung von bestimmten Schulden auf diese Anteile wird aber praktisch nur in § 51 KO. von Bedeutung. Nach diesem Paragraphen erscheint allerdings im Privatkonkurse der Anteil des Gesellschafters als besonderer Gegenstand bestimmter Schulden, welche aus diesem Gegenstande vor den übrigen Privatvermögensgläubigern zu befriedigen sind. Es handelt sich hier in erster Linie um Ansprüche der anderen Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnisse, für Dritte wird dies nur mit Rücksicht auf die Zuschussansprüche der Gesellschaft bzw. der Gesellschafter zur Deckung von Gesellschaftsschulden nach § 735 von Bedeutung. Im übrigen erscheint praktisch für die Durchführung der Gesellschaftsschulden nicht der Anteil des einzelnen Gesellschafters als der besondere Haftungsgegenstand, sondern das gesamte Gesellschaftsvermögen als Einheit.

Im übrigen sind allerdings im wesentlichen die einzelnen aus dem Anteilsrechtsverhältnis abfliessenden Ansprüche in ihrer Bedeutung für die Privatvermögen bzw. die Gesellschafter gesondert zu betrachten im Gegensatze zu dem einheitlichen Verhältnis, in welchen das Erbenvermögen zur Erbschaftsmasse steht. Die letztere wird nur durch den Zweck möglichst günstiger Verteilung ihrer selbst zusammen-

gehalten. Dies fällt mit den Privatinteressen der Beteiligten völlig zusammen, während das Gesellschaftsvermögen durch einen ausserhalb der Einzelinteressen liegenden Zweck dauernd vom Privatvermögen getrennt ist. Bei der Erbschaftsmasse sind die Verwaltungsanrechte lediglich eine Konsequenz des materiellen Anteiles. Vor allem ist die ganze Verwaltung keine aleatorische, vielmehr dient sie nur dem gleichartigen — auf Vermögensvermehrung unter Sicherung gegen eigene Nachlassschuldenhaftung der Erben zielenden — Interessen aller Privatvermögen. Der Erbschaftsanteil ist ein nur mit Rücksicht auf die Notwendigkeit der Tilgung der vorhandenen Schulden in seiner positiven Natur unbestimmter, sonst aber sicherer Bestandteil der Privatvermögen der Erben. Danach ist die Abtretung des Erbanteiles an der ganzen Masse grundsätzlich zuzulassen, während andererseits eine Abtretung der Anteile am Sondervermögen oder an den einzelnen Gegenständen wie überhaupt das Vorhandensein solcher mit selbständigen Rechtswirkungen auch dort zweckwidrig wäre, da es der einheitlichen Behandlung der Verwertung und Schuldentilgung widerspricht.

Bei der Gesellschaft dagegen sind die persönlichen Verpflichtungen und Berechtigungen, namentlich auch bezüglich der Verwaltung von dem aus dem Gesellschaftsvertrag ersichtlichen Zweck und seinem jeweiligen stets veränderlichen Ergebnis abhängig. Aus dieser steten Veränderlichkeit ergibt sich die Unmöglichkeit der Abtretbarkeit, und so sind nach Gesetz alle daraus hervorgehenden Rechte, namentlich von nur indirekter vermögensrechtlicher Bedeutung, also in erster Linie die Ansprüche gegeneinander nach § 717 BGB., unübertragbar.

Das einheitliche Sondervermögen als Konsequenz des Gesellschaftszweckes bewirkt notwendige Zweckgebundenheit aller auf dasselbe bezüglichen Rechtsbeziehungen der Gesellschafter. Ist also die Gesellschafterstellung selbst nicht abtretbar, so ist sie es auch in ihrer Beziehung als Anteil nicht.

Soweit jedoch fällige Ansprüche geldwerten Inhaltes in bezug auf das Sondervermögen als Teilinhalt der Anteilrechtsstellung — Teilanspruch — zugunsten der Privatvermögen anerkannt sind, ist Voraussetzung auch gerade dieser Fälligkeit, dass der Gegenstand des Anspruches, so namentlich gerade der Gewinn durch den Gesellschaftszweck, nicht weiter gebunden ist. Sind die Ansprüche auch in dieser Richtung fällig, so sind sie zweifellos übertragbar.

Zweifelhaft bleibt bei dem aleatorischen Sondervermögensbetrieb, ob vor Entstehen eines positiven Anspruches das Abrechnungsanteilsverhältnis — der Anspruch aus dem Abrechnungskonto — übertragbar ist. In § 717 BGB. ist dies bejaht.

Soweit vertragsmässig eine weitergehende Abtretbarkeit bestimmt ist, ist Gegenstand der Abtretung eine durchaus unsichere Aussicht auf ein positives Auseinandersetzungsresultat und die Möglichkeit der persönlichen Mitwirkung zur Erzielung eines solchen im Rahmen der durch den Gesellschaftsvertrag gewährten Gesellschafterstellung.

Diese Erwägungen sind bis zum gewissen Grade auch massgebend für die oben schon angeschnittene Frage, inwieweit der Anteil als Vollstreckungsobjekt im Privatvermögen betrachtet werden kann. Zu beachten ist in erster Linie, dass es sich um eine Rechtsstellung, einen Anspruch i. S. d. § 858 ZPO. eigener Art, nicht aber um ein gewöhnliches Forderungsrecht gegen die Gesellschaft und das Gesellschaftsvermögen handelt — 57 414 ff. RG. Zum Schutze der Privatgläubiger ist das Kündigungsrecht des § 725 Abs. 1 und für den Fall des Konkurses über das Privatvermögen § 728 BGB. mit seiner Auflösungs- oder nach § 736 mindestens Ausscheidungswirkung gegeben. Hierbei wird für die Gläubiger das im Moment der Kündigung, Auflösung, Ausscheidung vorhandene Resultat des Anteilskontos, sei es als solches oder bei der Ausscheidung als positiver Gegenstand eines rein obligatorischen Anspruches nach § 738—740 BGB. gesichert. Den Gesellschaftern und Gesellschaftsgläubigern ist durch § 731 756 in Verbindung mit § 51 16 KO. eine vorzugsweise Befriedigung vor den Privatgläubigern gesichert.

Nicht gesellschaftliche Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen.

§ 20.

I. Zwischen Sondervermögen und Privatvermögen bestehen im Rechtsverkehr Rechtsverhältnisse[1], welche nicht durch den Gesellschaftszweck veranlasst, nicht auf Gesellschaftsvertrag — -beschluss — -nach-

[1] Reine „Privatverhältnisse", weil reinem Privatinteresse entspringend. Literatur zunächst bei Knoke 97 § 33 N. 1. Verschiedene denkbare Arten solcher Verhältnisse eod. 98 Denkschrift NHGB. VII 94, L 91, D 33, 8. Vgl. weiter SA. XXXVIII 73. ZfD. XV 69 ff. ROHG. VI 417, IX 17. Vgl. V 386, XIV 144, XXI 130.

vertrag beruhen, jedenfalls im Gegensatze hierzu vertragsmässig ausdrücklich aus dem Zusammenhange mit dem aleatorischen Gesellschaftszwecke herausgehoben sind. Diese Rechtsverhältnisse sind deshalb auch nicht indirekt Anteilsrechtsverhältnis. Vor allem wird die Unterscheidung danach zu treffen sein, ob die betreffenden Verhältnisse zeitlich bzw. für ihre ganze Dauer dem aleatorischen Charakter des Gesellschaftsbetriebes nach dem Wesen des sie begründenden Rechtsverhältnisses unterworfen sind oder ob eine bestimmte endgültige höchstens durch andere als gesellschaftliche Momente befristete und bedingte rechtliche Auseinandersetzung zwischen Sonder- und Privatvermögen bezweckt ist[1].

Es wird bei der Beitragserfüllung bezüglich der Einbringungen davon näher die Rede sein, ob solche erfolgt gegen Schätzung oder gegen Vergütung, in welch letzterem Falle dann ein besonderer Kausalvertrag über die Einbringung neben die Festlegung der Beitragspflicht im Gesellschaftsvertrage tritt[2].

Als rechtliche Erscheinungsform dieses Unterschiedes mag angeführt werden, hier das auf den Gesellschaftsvertrag beruhende Anteilskonto, dort das Privatkonto (Separatkonto)[3], in welchem Privatansprüche aus anderen Rechtsgründen als dem Gesellschaftsvertrage für die Gesellschafter aufgenommen sind.

Das Privatkonto stellt ein reines Kontokorrentverhältnis gemäss den §§ 355—357 HBG. dar, in dasselbe werden die Ansprüche zu Kompensationszwecken nach ihrer Fälligkeit eingetragen.

Scharf zeigt sich der Unterschied beim Gewinnanspruch § 120 bis 122 HBG. Zunächst ist dieser ein Anspruch auf Wertansetzung im Anteilskonto, kein Anspruch auf bestimmten Geldbetrag. Daneben steht der vom Gesellschaftszweck abhängige Anspruch auf Entnahme eines Betrages auf Rechnung des zukünftigen Gewinnes. Zunächst

---

Bolze VII Nr. 663. ZfHR. VII 495; XI 540. Laband XXX 482 zu Nr. 17. Gierke DPrR. 633 Nr. 40. Förster Eccius III § 2810. (PrPrR. I § 49 ff.; II § 214.) SchweizObl. Art. 567.

[1] Sowie es sich aber um Schuld oder Haftung des Sondervermögens handelt, bedarf es trotz Knoke 36 f. eines Titels nach § 736 ZPO. gegen alle, den Kläger eingeschlossen. RG. XXII 256, XXX 152.

[2] ROHG. III Nr. 35. Vgl. Planck zu § 733 Abs. 2 S. 2. Vgl. Laband „die eigenartigen Rechtsverhältnisse müssen keineswegs notwendig auf dem Gesellschaftsvertrage beruhen.“ Vgl. Busch XXXII 260.

[3] Gold, ZfHR. VII 486; XI 532. Ehrenberg (BH.) 331 422. Anders SA. XII 271.

erscheinen diese Ansprüche nur als Ansprüche der Gesellschafter gegen alle übrigen Gesellschafter. Diese beiden Ansprüche können den Gesellschaftern gegenüber erfüllt werden durch eine Art von Novation, nämlich durch Eintrag ins Separatkonto, damit ist ein Surrogat für die Entnahme gegeben. Der novierte Anspruch richtet sich, wie jeder Anspruch eines Dritten, gegen das Gesellschaftsvermögen als solches. Eine rechtliche Bedeutung kann der Bezeichnung derartiger Ansprüche als gesellschaftsähnliche Verbindlichkeiten nicht zuerkannt werden. Vielmehr werden diese Ansprüche, wenn sie ins Gesellschaftsvermögen durchgeführt werden wollen, nur durch Klage gegen alle Gesellschafter, den Berechtigten miteingeschlossen, durchgesetzt werden können, da sonst ein Titel i. S. d. § 736 ZPO. nicht gegeben ist.

Ähnlich steht es mit fälligen Anteilsansprüchen, so namentlich mit denjenigen auf Auslagenersatz aus der auf Gesellschaftsvertrag beruhenden Geschäftsführung[1]. — § 717 714 669 670 BGB.

Durch Aufnahme ins Anteilskonto wird ein solcher Anspruch nicht erfüllt, sondern nur der Kapitalanteil vermehrt. Dagegen ist ein Erfüllungssurrogat, eine Novation auch hier die Aufnahme ins Separatkonto, welcher, wie beim Gewinne, soweit im Anteilskonto schon ein Gutschrieb erfolgte, ein Passiveintrag im Anteilskonto zu entsprechen hat.

Neben dieser scharfen Scheidung zwischen Anteils- und reinen Privatverhältnissen stellt man vielfach die Sonderrechte[2], fasst darunter vollständig (§ 122 HGB.) fällige Anteilsansprüche und andererseits solche Rechtsverhältnisse, welche mit dem Gesellschaftszweck in Beziehung stehen, aber ein besonderes persönliches Interesse des einzelnen Gesellschafters an dem Gesellschaftsbetrieb zum Gegenstande haben. Oft ist es in letzterer Richtung der Fall, dass gerade solche Rechtsverhältnisse durch besondere Vertragsbestimmung der aleato-

---

[1] Vergütung für Geschäftsführung als Gewinnvoraus kann Anteilsrecht, muss nicht Recht aus Dienst = Auftragsvertrag sein. Vgl. ROHG. III 52, IV 77.

[2] GenTh. 181—338 (bei Korporationen) 512 ff. 541 Nr. 1. Prot. (Lutz) III 985. Cosack (BGB.) II 380. — Es handelt sich in erster Linie um Anwendung von Ao und Exc. pro socio, während das Rechtsverhältnis nach aussen dem Anteilsverhältnis gegenüber selbständiger sein sollte. Renaud 441. v. Hahn I 417—466. Ehrenberg (BH.) 340. Behrend 538. RG. VII 38. Vgl. dagegen über reine Privatverhältnisse zu obigem Gegensatze GenTh. 539. Stobbe II 214. RGStr. S. VII Nr. 5. ROHG. XXI Nr. 120.

rischen Natur des Gesellschaftsvertrages entkleidet und im besonderen Kausalvertrage festgelegt werden — besonderer Anstellungsvertrag eines geschäftsführenden Gesellschafters, welchem die Geschäftsführung gerade mit Rücksicht auf besonders hervorragende Privatinteressen an der Gesellschaft zugestanden wird, Mietvertrag eines Gesellschafters als Eigentümer der von der Gesellschaft benützten Lokalitäten.

Nun kommen aber für die erstere Gattung eben gerade die Regeln des Gesellschaftsvertrages, für die letztere nur diejenige des Kausalgeschäftes in Betracht; im letzteren Falle sind die Rechtsverhältnisse gewöhnliche synallagmatische Verhältnisse i. S. d. §§ 320 ff. BGB. Hierauf treffen gegebenenfalls die §§ 445 493 usw. zu[1].

Der Begriff des Sonderrechtes kann hier beiseite gelassen werden, wie er auch im Gesetz im Gegensatze zur juristischen Person nicht gebraucht ist. Bei der juristischen Person kommen beteiligte Personen zunächst nur als Mitglieder ohne jeden Geschäftsführungseinfluss ausser der Mitgliederversammlung oder direkt als Organe in Betracht. Hier muss für Mitglieder, die direkter an dem Geschäftsbetriebe der juristischen Person beteiligt sind, das besondere Gebilde des Sonderrechtes geschaffen werden, während die damit verfolgten Zwecke bei der Gesellschaft schon in der Konstruktion der Gesellschafterstellung zum Ausdrucke kommen.

II. Auf die reinen Privatrechtsverhältnisse wirkt das Bestehen des Gesellschaftsverhältnisses nach zwei Richtungen ein. Vermögensrechtlich gehören sie zu zwei völlig getrennten Vermögen, dagegen haben sie bis zu gewissem Grad auf aktiver und passiver Seite die Beziehungen zu einer bestimmten individuellen Person gemeinsam. Vorhanden ist diese Identität auch bei den Anteilsrechten. Hier ist aber zu beachten, dass das Interesse des einzelnen Gesellschafters an seinem Anteil in vielen Fällen zusammenfällt mit dem Interesse des Gesellschafters, welches er für seine Person an der Gesellschaft überhaupt hat, dass sonach das Gesellschaftsinteresse nichts anderes ist als die Summe der Einzelinteressen der Gesellschafter. In diesem Fall entsteht keine Kollision zwischen dem Interesse der einzelnen und dem Gesamtinteresse, höchstens eine Kollision bezüglich der Abgrenzung unter den Einzelteilinteressen. Interessenkollision tritt bei Vertretung der Anteilsrechte gegenüber den übrigen Gesellschaftern

[1] Vgl. Planck II 453 459. RG. XX 165 unten S. 138 f.

und dem Gesellschaftsvermögen nur dann ein, wenn das Gesellschaftsinteresse nicht bloss die Summe der inhaltlich stets sich ändernden Privatinteressen in bezug auf den Gesellschaftszweck darstellt (so im allgemeinen bei wirtschaftlichen Zwecken), sondern vielmehr dadurch „unpersönlich" ist, dass es zwar einmal übereinstimmend gewollt war, aber gerade als solches mit der Tendenz, mit diesem Inhalt auch gegenüber künftigem Abweichen der Privatinteressen fortzubestehen (bei idealen Zwecken, vgl. Stiftungen)[1]. Doch auch im letzteren Falle bleibt bei der Gesellschaft die Fortdauer dieses unpersönlichen Interesses in der Willkür einer von vornherein für massgebend erklärten Mehrheit oder der abänderungswilligen Gesamtheit.

Dies ist von Bedeutung namentlich bei der Vertretung der Privatinteressen bezüglich der Entwicklung der Anteilsansprüche, auch bei der Festsetzung des eigenen Anteiles gebührt dem betroffenen Gesellschafter die Mitwirkung, sein Stimmrecht hierbei ist gerade die eigentümliche Rechtsform, sein Privatinteresse für den im übrigen durch den Gesellschaftszweck aleatorisch gebundenen Anteil geltend zu machen.

Gerade gegenteilig verhält es sich mit dem reinen Privatrechtsverhältnis, und zwar auch mit solchen, welche aus der Lösung der Privatvermögensstellung, des Privatinteresses, vom aleatorischen Gesellschaftsbetrieb entstanden sind. Hier ist § 181 BGB.[2] massgebend, danach ruht die Stimme und die Geschäftsführungsmacht des Betreffenden, ein Vollmachtsverhältnis namentlich § 125 HGB. kann hier angesichts des § 173 BGB. überhaupt nicht in Betracht kommen. Die Entscheidung dem betroffenen Gesellschafter gegenüber kann hier aber niemals durch Mehrheitsbeschluss zustande kommen, sondern nur durch gewöhnliche vertragsmässige Verhandlungen mit dem betreffenden Gesellschafter. Auf der einen Seite, nämlich der der Ge-

[1] Nebenbei wird diese Scheidung für die Abgrenzung von Verein und Gesellschaft dienlich sein.

[2] Ähnliche Resultate bei Knoke 100, falsch dagegen bezüglich des Rechtsstreites und sonstiger Formalgeschäfte — hier ist auch der Name des als Privatmann Betroffenen zu verwenden, Vollmacht seinerseits vorzulegen bzw. auf Ersetzung zugleich zu klagen. — Die öffentliche Behörde kann nicht prüfen, ob Interessenkollision vorliegt oder nicht, wenn es sich z. B. nur um Durchführung von Anteilsverhältnissen — Auflassung als Gewinnzuscheidung (Bauplatzerwerbsgesellschaften) handelt. — Über Rechtsstreit ROHG. XIX 120, RG. IX Nr. 32. — Zu der Loslösung vom aleatorischen Gesellschaftsbetriebe vgl. noch zu 717 Örtmann 454, Mot. 614.

sellschaft, scheidet der betreffende Gesellschafter für die Entschliessungen mit dem Ruhen der Stimme ganz aus, während er auf der anderen Seite als selbständiger Kontrahent für das Zustandekommen eines rechtsgültigen Aktes unbedingt notwendig ist.

Die Grenze lässt sich sehr genau beim Gewinnanspruch ziehen. Der betroffene Gesellschafter hat bei der Feststellung des Gewinnes durch Gesellschafterbeschluss und bei einer etwaigen Zuschreibung auf das Anteilskonto i. S. d. § 120 HGB. mitzuwirken, soweit nicht etwa durch Gesellschaftsvertrag Beschlussfassung nur durch die erschienenen Mitglieder zugelassen ist. Bei allen auf Erfüllung des für das Privatvermögen entstehenden Anspruches zielenden Rechtsakten scheidet der Inhaber des Privatvermögens auf seiten der Gesellschaft aus, soweit nicht § 181 ausgeschlossen ist oder es sich nur um eine direkte Erfüllungshandlung im Sinne dieses Paragraphen handelt. Schon für die Vereinbarung eines Erfüllungssurrogates — Novation, Eintrag ins Separatkonto — ist eine Mitwirkung des Betroffenen auf seiten der Gesellschaft ausgeschlossen.

Auch für die reinen Privatverhältnisse kommt überall da, wo es sich um Kennen und Kennenmüssen oder um Willensmängel handelt, in Betracht, dass der Betreffende zugleich Gesellschafter ist. Allerdings kann man hier nicht den Satz umkehren: „Was der Privatmann weiss, schadet der Gesellschaft, zu welcher er gehört.“ Man kann ja selbst diesen Satz nur da anwenden, wo ein Kennen in längerer Fortdauer Voraussetzung einer Rechtswirkung ist, nicht ein Kennen im Moment einer rechtswirksamen Handlung, falls nicht der betreffende Privatmann etwa gerade als Geschäftsführer für die Gesellschaft bei letzterer beteiligt war. In unserem Falle jedenfalls muss es genügen, wenn der Privatmann als solcher in genügendem guten Glauben war, wenn auch auf Gesellschaftseiten das Gegenteil zutraf.

Aus obigem kann in vielen Fällen eine Abänderung namentlich der Bestimmungen zum Schutze dritter vermutet werden — so § 128 HGB., § 725 BGB. (wenn ein Gesellschafter den Gesellschaftsanteil des anderen pfändet, wird dem pfändenden Gesellschafter dadurch kein Kündigungsrecht erwachsen), § 158 HGB. — Unrichtig ist es dagegen, einfach Einreden jeder Art aus dem Gesellschaftsvertrage gegen das private Rechtsverhältnis für zulässig zu erklären. (So die Einrede, es sei nur für Sorgfalt nach § 708 BGB. auch für das reine Privatrechtsverhältnis zu haften.) Solche aus rein persönlichen Umständen treffen häufig zu, keineswegs solche, welche sich auf

Zugehörigkeit eines Rechtsverhältnisses zu einer bestimmten Vermögenssphäre gründen, gerade deswegen ist Konsolidation, Konfusion usw. ausgeschlossen und sind für die Kompensation prinzipielle Einschränkungen vorgesehen. Vor allem wird der eigenartige Kausaltypus des betreffenden Rechtsverhältnisses nicht durch irgendwelche dem Rechtsverhältnis der Gesellschaft entnommene Momente abgewandelt.

Dritter Abschnitt.

Der Gesellschaftsvertrag und das Sondervermögen.

a) Der Gesellschaftsvertrag als Gründungsvertrag.

§ 21.

Die absolute Wirkung des Gesellschaftsvertrages.

Gesellschaftsvermögen ist nach den bisherigen Ausführungen eine Vermögenseinheit im objektiven Sinne, welche für einen Teil der Rechtssubjektsfunktionen zur selbständigen Vermögenseinheit im subjektiven Sinn erhoben ist, für den Rest derselben aber mit einer Mehrheit anderer Vermögen den Rechtsträger gemeinsam hat.

Soweit die selbständige Einheit des Sondervermögens beschränkt wird durch andere subjektive Einheiten Rechtssubjekte, und zwar in einer Mehrheit, übt das Bestehen der Vermögenseinheit einen direkten Einfluss absoluter Art auf diese Nebenbeziehungen aus, indem letztere trotz ihrer Mehrheit nur in notwendig einheitlicher Form und mit einheitlichem Inhalt in Erscheinung treten können.

Der Gesellschaftsvertrag im heutigen deutschen Rechte wird sonach ausser der Begründung des rein obligatorischen persönlichen Gesellschaftsverhältnisses unter den Gesellschaftern noch andere absolute Rechtswirkungen in Ansehung der Entstehung des Gesellschaftssondervermögens ausüben, und zwar wird der Gesellschaftsvertrag, gerade soweit er das Sondervermögen als Rechtseinheit eigener Art begründet, absolute oder doch jedenfalls über seine sonstigen intern obligatorischen Folgen hinausgehende relative Wirkung[1] ausüben, vorausgesetzt, dass

[1] Anders Laband l. c. Wie oben ROHG. I 74; XII 409—412. Prot. (Lutz) III 1136—1138 „Einbringung unter Zweckgebundenheit". Ehrenberg (BH.) Sozietätsvertrag begründet Sondervermögen. Laband XXX 480 „Statut". Erl. zu

bei der betreffenden Gesellschaft überhaupt ein Gesellschaftsvermögen vorgesehen ist.

Das Sondervermögen entsteht[1] aus dem Vertrag ebenso wie bei Vereinen mit Rechtsfähigkeit diese selbst als persönliche Vereinigung, als ein besonderes Etwas im Rechtssinne. Nur als Bestandteile dieses Sondervermögens weisen die Rechte Eigenheiten auf, nicht infolge direkter sachenrechtlicher Wirkung der personenrechtlichen Vereinigung[2]. Das Sondervermögen ist im Gegenteil allein eine rechtliche besondere Erscheinung mit absoluter Wirkung, während eine personenrechtliche Vereinigung nicht besteht, die Gesellschafter vielmehr zur persönlichen Vereinigung in jedem Moment nur obligatorisch verbunden sind. Nur infolge des Bestehens des Gesellschaftsvermögens erhalten die Bestimmungen über das notwendig einheitliche persönliche Zusammenwirken zur Verwaltung des Sondervermögens absolute Wirkung.

Form ist auch für die absoluten Wirkungen im BGB. keine verlangt, stillschweigende Einigung ist möglich. Notwendig ist aber eine vertragsmässige Einigung, jedenfalls eine allerseits vorliegende Absicht auf Begründung einer Gesellschaft i. S. d. §§ 705 718 BGB., also notwendig ein Zweck und zu dessen Erreichung ein Betrieb[3], für den es nicht bloss gewisser bestimmter einzelner Gegenstände, sondern einer unbestimmten Zahl unbestimmter Rechte und Rechtsverhältnisse und wieder einer eigenen Vermögenssphäre für diese bedarf. Im Zweifel hat man noch keine Gesellschaft mit Gesellschaftsvermögen anzunehmen, wenn von vorneherein ein ausschliesslich bestimmtes Recht oder ein derartiger Inbegriff von Rechten vorgesehen ist, namentlich kein ausserhalb dieser liegender Zweck verfolgt werden soll, namentlich da, wo die Gemeinsamkeit nur in gemeinschaftlichen Operationen — Ankauf oder Verwertung — von bestimmten Gegenständen besteht[4]. Hier genügen an sich rein obligatorische Abmachungen und das Gemeinschafts-

E I 18 S. 21—40 ff. 44. VoR. 10 „etwas! von einer Vereinigungstat". Dagegen GenTh. 350—470 „kein konstituierender Akt". Bekker, Pand. I 146 „Zwecksatzung". v. Hahn zu Art. 90.

[1] Gesellschaftsvertrag als Kausalverpflichtung für Beitragsleistung (siehe unten), zu scheiden vom Gesellschaftsvertrag als Gründungsvertrag. Anders für Stiftung, Schlossmann, Anstaltsrecht E I 27—32 „Aussonderung des Stiftungsvermögens ist Ingredienz des Kreationsgeschäftes". Knoke 34.

[2] Anders VoR. l. c.

[3] Staub, Anm. 9 zu § 105. Makower 188.

[4] RG. LVI 210.

recht der §§ 741 ff. 420 ff. BGB. Selbstverständlich kann Gegenteiliges im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich bestimmt sein oder als Wille der Gesellschafter durch Interpretation dem Vertrag entnommen werden. Die rein objektiven Verhältnisse gewähren hier keinen Anhalt, aus welchem das Vorhandensein eines Gesellschaftsvermögens vermutet werden kann. Grundsätzlich ist es eben rein dem Vertragswillen der Gesellschafter überlassen, ob sie für ihre Zwecke ein Gesellschaftsvermögen mit seinen absoluten Wirkungen begründen wollen oder nicht.

Soweit aber eine Form zu absoluter Wirksamkeit, wie bei der offenen Handelsgesellschaft die Registereintragung in gewissen Beziehungen, und zwar für gewisse, auf dem HGB. beruhende Erscheinungen — Eintragung ins Grundbuch unter der Firma, Klage, Vollstreckung, Konkurs, unabänderliche Legitimation mit Benützung der Firma — noch erforderlich ist, ist auch bei Vorhandensein der Eintragung zunächst auch hier die wesentliche Voraussetzung das Vorhandensein irgendeiner tatsächlichen Einigung[1], welche als Gesellschaftsvertrag aufgefasst werden kann. Besonderheiten ergeben sich, wie im § 22 b S. 105 ff. auszuführen sein wird, für den Fall der Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages. Hierbei genügt aber die der Eintragung voraufgehende Einigung unbedingt als Gesellschaftsvertrag, notwendig entsteht mit ihr, soweit in der Einigung ein solches vorgesehen ist, ein Gesellschaftsvermögen i. S. d. § 718 BGB., mag auch die Eintragung mangelhaft, ja rechtlich ungültig sein. Hierbei ist aber zu beachten, dass eine gesetzlich oder vertragsmässig an eine bestimmte Vertragsform geknüpfte Gesellschaft, mangels der Form zwar nicht als die gewollte Gesellschaft entstanden ist, dass aber, soweit der beabsichtigte Gesellschaftsbetrieb begonnen[2] hat, eine Vorgesellschaft[3] nach den gewöhnlichen Bestimmungen der §§ 705 ff. BGB. durch

[1] RG. XXXV 19. Staub 26 zu § 105, Anm. 22. 14 eod. Anm. 3 § 123. Johow XV 6. Konsequenzen aus dem Fehlen eines Gesellschaftsvertrages vgl. § 5 HGB. Staub 391. ROHG. XIII 375, XXIV 320. RG. XL 146. JW. (1898) 93. — Daher genügt nicht die Anmeldung eines verwaltungsberechtigten Erben für eine Erbengemeinschaft. RG. X 101; XXXV Nr. 5 S. 17. — Nachträgliche Einigung z. B. bei Bekanntmachungen genügt auch, denn die Anmeldung ist nur ein Formalakt gegenüber der Rechtsordnung; anders § 80 BGB. Laband XXX 523, unrichtig 522 N. 70, 523 N. 72, 524 N. 73 a.

[2] Cosack 529. Staub 391 zu § 5 HGB. Vgl. ROHG. XIII 375; XXIV 320. RG. XL 146.

[3] NJ. I zu § 705 Nr. 7.

stillschweigende Einigung über den Beginn eines Gesellschaftsbetriebes zustande gekommen und damit ein Gesellschaftsvermögen mit absoluter Wirkung vorhanden sein kann.

§ 22.

a) Die relative Wirkung und Beginn der absoluten Wirkung.

Mit dem Abschlusse des Gesellschaftsvertrages entsteht das Sondervermögen, die Möglichkeit, Rechte dafür zu erwerben, Rechtsverhältnisse zu begründen und solche demgemäss zu individualisieren. Soweit aber für die Individualisierung das Moment der Kenntnis Dritter in Betracht kommt, ist, abgesehen von der Kenntnis beim konkreten Rechtsverhältnisse[1], zunächst die Kenntnis vom Vorhandensein einer Gesellschaft und damit eines Sondervermögens erforderlich, daran knüpfen sich dann die verschiedenen Vermutungen für die Zugehörigkeit im konkreten Fall als Vermutungen der Kenntnis.

Solche Kenntnis ist für die Gesellschafter selbst mit dem Abschlusse des Vertrages vorhanden, die Vermutung des § 344 HGB. nach aussen knüpft sich hauptsächlich an den erfolgten Eintrag im Handelsregister nebst Bekanntmachung. Befördert kann die Kenntnis werden durch tatsächliche Vorgänge — Betrieb, Bekanntmachungen — eine solche Kenntnis genügt auch schon vor erfolgter Eintragung namentlich mit Wirkung gegenüber den Gesellschaftern — Haftung aus § 128 HGB. — wenn nur diesen tatsächlichen Vorgängen eine Einigung[2] vorausging oder als Genehmigung nachfolgte. Soweit allerdings dabei die Eintragung der Firma nach § 2 HGB. erst Kaufmannseigenschaft des Gesellschaftsbetriebes und damit die Rechtsnatur als offene Handelsgesellschaft begründet, besteht vorher nur bürger-

[1] § 720 BGB.

[2] Blosses Wissen Dritter von Absichten, nicht rechtsverbindlichen endgültigen Willensäusserungen, genügt natürlich nicht. Vgl. Staub 393. §§ 5 6 HGB. können dabei noch nicht in Betracht kommen, da Eintragung noch nicht erfolgt ist, vgl. ROHG. XII 406 ff. 409. „Geschäftsbeginn für Gesellschaft ohne Gesellschaftsvertrag mit Wirkung für das Sondervermögen unmöglich.“ — Laband abweichend XXX 410 523. Wie oben GenTh. 472 Nr. 1. Hahn I 278 354 f. „stillschweigender Konsens“ Busch IV 20; V 99. Anschütz-Völderndorf II 80 f. 230. ROHG. I Nr. 36; XIII Nr. 120. „Existence de fait“ mit Wirkung nach aussen im Französischen Recht, vgl. ROHG. XV 427.

liche Gesellschaft, gerade § 128 HGB. gilt noch nicht. So ist zunächst eine reine Sondervermögensschuld möglich, auf welche nach der Eintragung allerdings § 128 HGB. Anwendung finden wird. Hier wirkt die Eintragung konstitutiv[1].

Anders ist es mit den Wirkungen zugunsten Dritter. Für Pfändungen sind die Gesellschaftsgegenstände sofort mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages bzw. der Übertragsakte als solche zu betrachten, es ist auf sie sofort § 735 bzw. § 736 ZPO. anwendbar.

b) Völliges Fehlen oder völlige Rechtsunwirksamkeit einer vertragsmässigen Einigung.

Soweit durch sog. Konversion i. S. d. § 139 BGB. unter Zugrundelegung des subsidären Gesetzesrechtes für den Gesellschaftsvertrag ein Fortbestehen oder wenigstens vorläufiges Fortbestehen als Vorgesellschaft nicht anzunehmen ist[2], ergibt sich doch die Besonderheit, dass äusserlich und rein tatsächlich eine scheinbar rechtswirksame Einigung[3] bestand, welche die beteiligten Rechtssubjekte bewogen hat, nicht bloss einzelne Leistungen zu machen, Gegenstände, Geld an die Gesamtheit zu übertragen, sondern auch mit diesen verschiedenartigen Gegenständen einen Betrieb zu beginnen mit der eigenartigen Wirkung, dass die ursprünglichen Leistungsgegenstände verändert bzw. aufgebraucht und ganz andersartige Gegenstände und Rechte an die Stelle ersterer getreten sind. Die einzelnen konkreten Leistungen eines jeden Gesellschafters sind untergegangen, ohne dass sich vielfach ein Übergang in andere konkrete Gegenstände von analogem oder auch nur annähernd gleichem Werte nachweisen liesse. Dazu ist aber auch der Gesamtwert der eingebrachten Leistungsgegenstände durch einen andersartigen Gesamtwert anderer Gegenstände ersetzt, endlich haben sich die Anteile der einzelnen auch verändert und sind ohne ein dem § 735 BGB. wenigstens entsprechendes Abrechnungsverhältnis überhaupt nicht mehr festzustellen.

---

[1] Diese Übergangserscheinungen sind sehr zu beachten, namentlich wenn Eintragung zufällig einmal nicht erfolgt oder diese allein nichtig wäre. Für juristische Personen und deren Vor- und Nachexistenz als nicht rechtsfähige Vereine gut. Hachenburg Vorträge. Staub zu § 123. GenTh. 427 Nr. 1. Busch IV 22 f.

[2] Vgl. Möhler — die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages bei der offenen Handelsgesellschaft — nach Abschluss dieser Arbeit erschienen. Vgl. § 21 a Schl.

[3] Möhler nennt dies Vereinigung S. 28.

Nehme man z. B. eine vermeintliche Gesellschaft von Bauhandwerkern (Gipsermeistern) an, die ausgesprochenermassen in Abweichung von den gewöhnlichen Bestimmungen des BGB. nach besonderen, bereits schriftlich aufgesetzten, jedoch noch nicht unterschriebenen Regeln eines Vertrages zusammenzuarbeiten beabsichtigen. Der Betrieb sei begonnen worden in der sicheren Erwartung, man werde sich auf genannten Vertrag einigen. Die Geschäfte des einen A sind mit Zustimmung der Bauherrn für den Gesellschaftsbetrieb übernommen, eine Reihe Materialbestellungen (Gipskübel, Pinsel, Farben) sind auf den Namen beider bestellt, und zwar, wie im Baugewerbe üblich, für „A & B, Gipsermeister". Der eine hat die, der andere jene Rechnungen bezahlt, B hat einen erheblichen Kapitalposten eingelegt, damit sind Arbeitsgeräte (Gerüstholz usw.) gekauft worden und von A im Einverständnisse des B mit den Buchstaben „A & B" Gipsermeister" gezeichnet worden, endlich haben beide ungleiche Beträge aus der Kasse entnommen. Der Betrieb dauert drei Wochen, immer in Erwartung eines endgültigen Vertragsabschlusses, eine Einigung lässt sich jedoch nicht erzielen, und A setzt sich in den Besitz des vorhandenen Arbeitsmaterials. Noch komplizierter gestaltet sich der Fall, wenn ein weiterer Gesellschafter C sich beteiligt.

Es liegt hier auf der Hand, dass ein gemeinsamer Betrieb bestand, ein gemeinsam gewordenes Betriebsvermögen sich in einer Weise verändert hat, dass es unmöglich wieder nach seinen ursprünglichen Teilen getrennt werden kann. Insbesondere sind Dritte (Bauherrn, Lieferanten, Arbeiter, Behörden) in Rechtsbeziehungen der allerverschiedensten Arten mit dem Betriebe getreten.

Von einer Vorgesellschaft kann keine Rede sein, ein Übergang in ein definitives Gesellschaftsverhältnis ist hier für immer ausgeschlossen. Eine vertragsmässige Einigung über die jedenfalls gesellschaftsartigen Rechtsverhältnisse liegt nicht vor, im Gegenteil, die Beteiligten waren darüber einig, dass nur auf Grund einer besonderen, erst künftigen Vereinbarung eine Gesellschaft gegründet werden solle. Eine weitere Modalität sei der Fall: B habe gerechtfertigterweise die ganze Vereinbarung wegen Irrtums oder Betruges angefochten, oder endlich, es liege bei einem oder allen Willensunfähigkeit[1] vor. In allen letzteren Fällen

[1] Über die verschiedenen Gründe der Nichtigkeit vgl. Möhler 8—27. Es ist nicht Aufgabe dieser Arbeit, auf die Voraussetzungen der Nichtigkeit näher einzugehen.

kann von einer Konversion in eine Gesellschaft nur nach Gesetzesrecht keine Rede sein.

Verschieden gestaltet sich die rechtliche Beurteilung derartiger Fälle, je nachdem eine Firma als offene Handelsgesellschaft eingetragen war, wenn es sich zweifellos um einen gesellschaftlichen Geschäftsbetrieb i. S. d. § 1 HGB. handelte, und endlich, wenn zweifellos nicht Handelsrecht, sondern nur bürgerliches Recht anzuwenden war.

Hier sei im wesentlichen eine in den Gesamtrahmen der Arbeit eingefügte, nur andeutungsweise Lösung nach bürgerlichem Rechte versucht, übrigens findet sich auch für das Handelsrecht nirgends[1] eine auch nur einigermassen ausführlichere Behandlung der Frage. Nicht hierher gehört die Untersuchung, auf Grund welcher Erwägungen im Einzelfalle die richterliche Auslegung zur Feststellung führen wird, dass eine vertragsmässige Einigung nicht stattfand, bzw. dass der Vertrag als im ganzen Umfang angefochten oder nichtig gilt.

In anderen Fällen, in welchen auf Grund einer rechtlich nicht vorhandenen nur scheinbaren Einigung ein Rechtssubjekt auf Kosten eines anderen Vermögens — Leistungen erhält, wird der rechtswidrige tatsächliche Erfolg gemäss § 812 ff. BGB. rückgängig gemacht, Einzelfälle behandeln die Sätze über Rücktritt und Wandelung. Im § 818 ist im Gegensatze zum vertragsmässigen Rücktrittsrecht und in Analogie zum durchgeführten Anfechtungsrecht inner- und ausserhalb — des Konkurses zunächst in gewissem Umfange das Prinzip der Surrogation unter Erstattung des Geldwertes anerkannt, unter der wesentlichen Voraussetzung jedoch, dass noch eine Bereicherung einer bestimmten Person vorliegt. Inhalt des Rückforderungsanspruches ist verschieden, je nachdem ein Kausalgeschäft oder auch das abstrakte Übertragungsgeschäft rechtsunwirksam ist. Nur im letzteren Fall ist die Übertragung ohne Rechtswirkung (die Rechtszugehörigkeitsklage wirkt als Rückforderungs- oder Berichtigungsanspruch), anderenfalls besteht nur ein Anspruch auf Vornahme eines weiteren abstrakten Rückübertragungsgeschäftes[2].

Bezüglich der Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages enthält das BGB. keine besonderen Vorschriften, auch das HGB. hat bei der offenen Handelsgesellschaft keine solche, abgesehen von § 5[3] und

---

[1] Neuerdings Möhler.

[2] Vgl. Möhler 29.

[3] Möhler S. 54, daselbst auch Näheres über § 5 HGB. Nach der nachfolgenden Darstellung wird man allerdings in einer an sich nichtigen, aber nach den sonstigen

§ 123, welche an die Tatsache der Registereintragung einer Firma, also auch einer solchen einer offenen Handelsgesellschaft konstitutive Rechtsfolgen knüpfen. Aus den Grundsätzen, welche Staub in Anlehnung an Reichsgerichtsentscheidungen an den § 5 in seinem Exkurs anknüpft, können auch für die bürgerlichen Gesellschaften gewisse Analogien entnommen werden. § 123 hat zur Voraussetzung gerade einen wirksamen Gesellschaftsvertrag und behandelt die Wechselwirkung zwischen der formellen Eintragung und der Tatsache des Betriebsbeginnes. Auch § 5 setzt zum mindesten Handlungsfähigkeit voraus.

Weiterhin werden im HGB. bei der Aktiengesellschaft und im Gesetz über G. m. b. H., also bei Gesellschaften, für welche der Vertrag anerkanntermassen eine selbständige Rechtsfähigkeit begründet, zunächst die Fälle der Rechtsunwirksamkeit des Vertrages teils ausdrücklich, teils stillschweigend sehr beschränkt[1]. Vor allem aber wird die Feststellung der Nichtigkeit durch besondere Klage (vgl. die Ehenichtigkeitsklagen, Anfechtung der Ehelichkeit, das Todeserklärungsverfahren) geregelt und ein besonderes Auseinandersetzungsverfahren auf Grund des tatsächlichen Bestehens des Geschäftsbetriebes und Gesellschaftsvermögens in Verbindung mit einer formell rechtswirksamen Rechtsfähigkeit eingeführt. Die ganz besonders gearteten Sätze können auf den Fall der nichtigen bürgerlichen Gesellschaft nicht übertragen werden, schon deshalb nicht, weil es sich um ausgesprochene Sonderbestimmungen handelt. Es liegt ihnen jedoch ein Rechtsprinzip zugrunde, welches einer analogen Verwendung wohl fähig ist, nämlich dasjenige, dass tatsächliche, rechtlich formell selbständig behandelte Erscheinungen, welche zwar zunächst rein obligatorisch unter bestimmten Rechtssubjekten begründet zu werden pflegen und auch in den Nichtigkeitsfällen begründet werden sollten bzw. wollten, doch sofort eine über diesen engeren relativen Kreis der Kontrahenten hinausgehende absolute Rechtswirksamkeit erlangen[2]. Infolge dieser absoluten Wirksamkeit dürfen sie nicht bloss von den unberechenbaren Zufällen in der Willensbildung der Kontrahenten abhängen[3]. Hier ist zu scheiden

---

Liquidationsregeln aufzulösenden offenen Handelsgesellschaft eine Tatsache zu erblicken haben, die nebst den zu bestellenden Liquidatoren ins Handelsregister einzutragen sein dürfte. Ist die Gesellschaft schon eingetragen, so ist der Liquidationsvermerk nebst den Liquidatoren einzutragen.

[1] Möhler 8 ff.

[2] Möhler 36: Verhältnis zu Dritten.

[3] Nur darauf legt Möhler Wert S. 29.

zwischen diesen absoluten, meist schon mit dem Betriebsbeginne zusammenhängenden Wirkungen und den entfernteren Vertragszwecken und den hierauf sich beziehenden internen Verpflichtungen.

Ganz abgesehen von dem absoluten Charakter, welcher im Interesse der Dritten eine unbedingte Wirksamkeit erfordert (vgl. die Auseinandersetzungsbestimmungen in § 159 HGB.), ist auch darauf zu achten, dass vielfach im Gegensatze zu der fehlenden oder mangelhaften Willenseinigung bezüglich des eigentlichen Gesellschaftszweckes die Tatsache der Betriebseröffnung sowie die Begründung und Ausstattung des selbständigen Vermögens auf einer weitgehenden Willensübereinstimmung beruht. Zunächst sind jedenfalls einmal die abstrakten Übertragungsgeschäfte in Ordnung, soweit man nicht etwa daraus einen Anstand ableitet, dass auf der empfangenden Seite nur scheinbar eine auf einem rechtswirksamen Gesellschaftsvertrag beruhende, notwendig einheitlich tätige Gesellschaftsverwaltung[1] steht. Trotz dieses Mangels ist aber jedenfalls der Gesellschaftsvermerk im Grundbuch eingetragen, Gesellschaftsmobilien sind mit den Gesellschaftsnamen gezeichnet, Schuldner haben Kenntnis davon, dass die betreffende Schuld auf aktiver Seite zu dem tatsächlich vorhandenen Gesellschaftsvermögen gehört. Bezeichnender noch ist der Fall, dass Gesellschaftsvermögensgegenstände mindestens scheinbar als solche Schaden stiften, z. B. der Hund einer Studentengesellschaft beisst jemand in die Hosen, ein Ziegel von einem Gesellschaftshause fällt jemand auf den Kopf, es ist deswegen ein rechtskräftiges Urteil gegen alle Gesellschafter oder den nichtrechtsfähigen Verein ergangen.

Zu scheiden ist hier grundsätzlich einmal zwischen der Wirkung unter den vermeintlichen Kontrahenten und derjenigen Dritten gegenüber, selten[2] findet sich die erstere Art allein, meist werden beide vermischt erscheinen.

Ersterenfalls diene als Beispiel:

Die genannten Studenten haben für ihre in Geld geleisteten Beiträge gegen Barzahlung einen Pudel von einem umherziehenden Händler, Kommersbücher sowie Trinkgefässe gekauft, die obigen Gipsermeister

---

[1] Möhler 35.

[2] Dies dürfte bei Möhler zuwenig beachtet sein. Die schroffe Scheidung zwischen § 4 und 5 dürfte in der Praxis kaum je vorzufinden sein. Bei der Lösung der Frage dürfte vielmehr gerade das zu beachten sein, dass durch die Notwendigkeit der Ordnung der Beziehungen nach aussen auch die Beziehungen nach innen nur im Weg eines Abrechnungsverfahrens geregelt werden können.

das zum Aufrüsten eines Neubaues notwendige Gerüstholz, welches teilweise nach dem konkreten Bedarfe zersägt worden ist. Der Pudel, eine Hündin, habe drei Junge bekommen und sei hierüber eingegangen, das Beleggeld sei nicht bezahlt. Komplikationen ergeben sich, wenn nur etwa von den Beiträgen zweier der Hund angeschafft oder überhaupt nicht mehr nachzuweisen ist, von wessen Beitrag der Hund bezahlt sei.

Der Gesellschaftsvertrag ist nichtig, die ursprünglichen Beiträge sind ohne Rechtsgrund geleistet. Der Fall der Willensunfähigkeit sei zunächst zurückgestellt und eine durchgeführte Anfechtung wegen Irrtums zugrunde gelegt. Hier bestand jedenfalls der Wille, die Beiträge — aber eben gerade in die Gesellschaftskasse — zu zahlen, den Pudel für die Gesellschaft zu bezahlen und belegen zu lassen, überhaupt herrschte Übereinstimmung, die Gegenstände im gemeinsamen Betriebe zu erwerben, zu gebrauchen und zu verwerten.

Sieht man in der Zahlung der Beiträge nur das abstrakte Übertragungsgeschäft, so erhebt sich die Frage, wie, was und von wem gemäss § 812 ff. BGB. kondiziert werden kann? Die Beiträge sind gezahlt in der Meinung, ein Gesellschaftsvermögen zu begründen mit Gesamthandseigentum aller Gesellschafter, nicht aber mit Bruchteileigentum. Sind etwa nun infolge der Unwirksamkeit des Gesellschaftsvertrages anteilige Miteigentumsrechte entstanden, wollten solche überhaupt in das Vermögen aller anderen Beteiligten übertragen werden? Zweifellos nicht[1], es wollte Gesellschaftseigentum i. S. d. § 719 BGB. begründet werden, und zwar sollte aus den Privatvermögen in das Gesellschaftsvermögen übertragen werden, auf Kosten aller einzelnen Übertragenden ist nur direkt das einheitliche Gesellschaftsvermögen bereichert worden, ohne eine umständliche Abrechnung über das gesamte Betriebsergebnis unter Beteiligung aller einzelnen kann bezüglich keines einzelnen positiv festgestellt werden, um welchen Betrag sein Privatvermögen etwa und ob es überhaupt bereichert ist, wenn er letzterenfalls mehr aus der Kasse erhalten, als hinein bezahlt hat. Es ist wohl kaum möglich, diese Berechnung allein auf Grund der §§ 812 818 BGB. auszuführen.

Schon hier drängt sich also diese Frage auf: Kann bei Fehlen eines Gesellschaftsvertrages ein an sich im Gesetze nur als Folge eines Gesellschaftsvertrages behandeltes Gesellschaftsvermögen nicht auch

[1] So auch Möhler 33.

ohne Vertrag als etwas rechtlich Selbständiges entstehen, bzw. muss eine solche selbständige Betriebserscheinung[1] nicht notwendig nach den Regeln über das Gesellschaftsvermögen behandelt mindestens auseinandergesetzt werden? Kein Zweifel ist, Recht oder Pflicht auf Leistung der Beiträge bestand zwar nicht, tatsächlich sind jedoch solche geleistet im Bewusstsein, hierdurch ein damit erst neu entstehendes Gesellschaftsvermögen und in diesem die Möglichkeit für einen besonderen Betrieb mitzubegründen. Dieses Bewusstsein geht inhaltlich über das sonst bei abstrakten Leistungsgeschäften bestehende Bewusstsein hinaus, welch letzteres lediglich dahin geht, dass die Leistung aus einem getrennt von dieser Leistung bestehenden Vermögen in ein ebensolches schon vor der Leistung bestehendes anderes Vermögen übergeht, so dass die Rückgewährung ohne weiteres durch umgekehrte Leistung erfolgen kann. Dies ist bei Gründungsleistungen (Beiträgen) nicht der Fall. Ist hier ein Gesellschaftsvermögen und die Anwendung der entsprechenden Rechtssätze rechtlich nur denkbar als Folge eines wirksamen Gesellschaftsvertrages, so sind die Beiträge eben nicht in ein rechtlich bestehendes Vermögen i. S. d. § 812 BGB. zusammengekommen, sondern in eine rechtliche Leere[2]. Ganz streng genommen gibt es hieraus nach § 812 überhaupt keine Rückgewähr. Selbst wenn man den Anteil an den einzelnen Gegenständen i. S. d. § 719 als in die einzelnen Privatvermögen infolge der Beitragsleistung übergegangen ansieht, so fehlt dem Privatvermögen bezüglich dieser Anteile nach dem bei der Beitragsleistung bestandenen Übertragungswillen jegliche Verfügungsgewalt, ohne welche eine Rückgewähr i. S. d. §§ 812 818 wiederum unmöglich ist.

Es bleibt dann nur ein Vindikationsanspruch, der aber sofort ausgeschlossen ist, wenn die Sache, an welcher Eigentum zustand, nicht mehr bei dem Dritten ist bzw. von diesem gutgläubig erworben wurde. Der Gegenstand, der in vermeintlicher Geschäftsführung für die Gesellschaft erworben wurde, andererseits würde nicht dem Gesellschaftsvermögen angehören, denn ein solches besteht nach dieser strengen Auffassung nicht. Anteiliges Miteigentum besteht aus sofort auszuführenden Gründen auch nicht, es würde also das Eigentumsrecht an diesem Gegenstande dem Veräusserer geblieben sein, bei dem oben genannten Pudel wäre also der eventuelle mit unbekanntem

---

[1] Als solche auch von Möhler anerkannt und „Vereinigung genannt".

[2] Auch Möhler behandelt den Gedanken der Herrenlosigkeit.

Aufenthaltsort abwesende Hundehändler Eigentümer. Diese bei Willensunfähigen schon fast unerträglichen Konsequenzen sind, falls die Gesellschafter als willensfähige Personen Dritten gegenüber unter selbstverständlicher Voraussetzung der Grundregeln von Treu und Glauben im Verkehr gehandelt haben, trotz der strengen Rechtslogik dieser Auffassung einfach unanwendbar, wenn man von dem Grundprinzip des BGB. ausgeht, dass im Verkehr in erster Linie der äussere objektive Willensausdruck und nicht bloss der rein subjektive Willensinhalt massgebend ist.

Zweifellos ist nach aussen eine gemeinsame Masse von Gegenständen in einheitlichem Betrieb unter einheitlicher Verwaltung vorhanden, welche durch die Tatsache der irrigen Annahme eines rechtsgültigen Gesellschaftsvertrages zusammengekommen sind. Es liegt also dieselbe auf Zufall beruhende Gemeinsamkeit vor wie bei der Communio-Incidens[1]. Es besteht jedoch gegenüber der in den §§ 741 sowie 421 BGB. behandelten Gemeinschaft an einzelnen oder mehreren einzelnen Gegenständen der grundlegende Unterschied, dass die sämtlichen vorhandenen gemeinsamen Gegenstände tatsächlich bereits unlöslich zu einer Betriebsgemeinschaft verbunden sind, bei welcher die Teilung nach einzelnen Gegenständen, die allein in den genannten Paragraphen vorgesehen ist, wenn nicht unmöglich, so doch im höchsten Grad unwirtschaftlich wäre. Die ausserordentlich grossen Verluste bei sofortiger Betriebseinstellung und Einzelverteilung der Gegenstände machen eine Betriebsauflösung, wie sie in den Liquidationsregeln und den Bestimmungen der §§ 730 ff. BGB. aus innerer sachlicher Notwendigkeit heraus gegeben sind, zur zwingenden Notwendigkeit. Dazu kommt noch, dass für die Einzelteilung sich die Unmöglichkeit, Bruchteile ohne vollständige Betriebsabrechnung festzustellen, ergibt. Die Anteile der einzelnen werden sofort zweifelhaft, wenn einzelne in die Gesellschaftskasse hereinschulden, ein Blick auf das oben geschilderte Verhältnis der beiden Gipsermeister zeigt ohne weiteres, dass eine Abrechnung und Austeilung nach Gemeinschaftsrecht einfach undurchführbar ist[2]. § 755, der den Fall besonderer Ansprüche einzelner an die Gesellschaft im Auge hat, erfasst nur ganz bestimmte einzelne Verbindlichkeiten, während ein gemeinsamer vermeintlicher Gesellschaftsbetrieb noch ganz andere Arten von Verbindlichkeiten entstehen

[1] Vgl. Schluss dieses Paragraphen.

[2] Möhler geht auf diese Frage nicht näher ein und nimmt ohne Begründung Teilung nach Kopfteilen an S. 58.

lässt. Alle derartige Verbindlichkeiten, wie gerade solche, welche an bestimmte Gegenstände (§ 833 836 BGB.) geknüpft sind, kämen überhaupt nicht zur Befriedigung, vor allem Rechtstitel gegen das Gesellschafts- oder Vereinsvermögen wären undurchführbar, weil eben ein Gesellschafts- und Vereinsvermögen fehlen würde und jeder einzelne für seinen Bruchteil Interventionsklage erheben könnte. Noch schwieriger wäre es bei Grundstücken, für welche der Gesellschaftsvermerk gemäss § 48 GO. ordnungsmässig eingetragen ist, da ein solcher eine Verfügung über Anteile überhaupt ausschliesst, ohne solche aber eine Teilung nach Gemeinschaftsrecht nicht möglich ist. Auch hier ist zu beachten, dass an sich beim abstrakten Übertragungsgeschäft, auf welchem der Vermerk nach § 48 GO. beruht, der rechtsgültige Wille vorhanden war, ins Gesellschaftsvermögen zu erwerben, und auf der anderen Seite zwar keine auf Gesellschaftsvertrag kausal rechtsgültig beruhende Verwaltungsgemeinschaft bestand, wohl aber ein dem Gesamthandsprinzip durchaus entsprechender einheitlicher abstrakter Erwerbswille aller Gesellschafter, welcher auf einheitlichen Erwerb für alle und auf Eintragung des Gesellschaftsvermerkes gerichtet war. Verneint man hier, dass die Gründstücke Gesellschaftseigentum, wenigstens tatsächlich ein Eigentum zur gesamten Hand auf Grund des einheitlichen Betriebes geworden sind, so ist hier dieses Grundeigentum wiederum ins Leere hinaus übertragen, denn es ist gar nicht möglich, irgendwie Eigentum nach bestimmten Bruchteilen festzustellen und demgemäss eine Berichtigung des Vermerkes herbeizuführen. Da die Eintragung und der Vermerk auf Grund eines dem Willensinhalte nach korrekten abstrakten Übertragungsgeschäftes zustande gekommen ist, so wäre, wenn man strenger Logik nach das Vorhandensein einer Gesamthandsdisposition verneint, die Möglichkeit einer Rückübertragung überhaupt ausgeschlossen.

Ist schon bei diesen Vorgängen mit Mobilien und Immobilien so gut wie undenkbar, dass durch derartige Betriebsvorgänge Dritte nicht berührt werden, so ist letzteres vollkommen ausgeschlossen, wenn die Pseudogesellschaft nach § 720 407 ff. BGB. Forderungen erworben hat. Hier kommt in Betracht, dass der Schuldner von der Zugehörigkeit zum Betriebe Kenntnis erlangt hat, etwa durch ein von allen Gesellschaftern unterzeichnetes Zirkular. Eine genügende Erklärung i. S. d. § 409 Abs. 2 BGB. kann hier ja in einem weiteren Zirkular sämtlicher Gesellschafter erblickt werden. Wenn aber ein Gesellschafter seine Mitwirkung hierzu verweigert, so bleibt zunächst fraglich,

ob er hierauf, und von wem, verklagt werden kann. Einer Kondiction nach § 812 BGB. steht hier wieder das Bedenken entgegen, dass nicht ohne weiteres festzustellen ist, wer bereichert ist und auf wessen Kosten der Betreffende bereichert ist. Vollends bei Forderungen, bei welchen zum Abtretungsvertrag bzw. zum Übertragungsakt schriftliche Form und dabei genauer Namensgebrauch (Wechsel, Hypothekenforderung) gehört, ergeben sich für Rückübertragungen die allerbedenklichsten Fragen, wenn man jegliche Rechtswirksamkeit des tatsächlichen Bestehens eines Gesellschaftsvermögens verneint. Angenommen, ein Wechsel sei indossiert „an die Gesellschafter der Gesellschaft ABCD.", oder in einem Hypothekenbriefe seien als Gläubiger vermerkt „ABCD. Gesellschafter einer Gesellschaft nach bürgerlichem Rechte". Wenn hier sich wie im Grundbuchverkehr nicht alle Teilnehmer freiwillig zu gemeinsamem Handeln zusammenfinden, würde es an einem Rechtsgrunde fehlen, aus welchem man gegen einen Widerstrebenden auf Mitwirkung zu Verfügungshandlungen klagen könnte, wenn man nicht eben in der Tatsache eines gemäss § 718 BGB. entstandenen Sondervermögens den besonderen Rechtsgrund einer eigenartigen Gesamthandsgemeinschaft erblickt.

Noch schärfer treten die Bedenken hervor, wenn man an zweifellose Gesellschaftsschulden denkt, z. B. einen Tierschaden, irgendwelche Schuld, die ausdrücklich für den Verein kontrahiert wurde, einen Schaden, der durch das Gesellschaftsgrundstück entstanden ist und an einen in Verbindung hiermit schwebenden Prozess gegen die Gesellschaft oder den Verein. Wen sollte man aus dem Tierschaden haftbar machen, wenn man kein Gesamthandseigentum annimmt? Vollends bei ausdrücklicher Beschränkung einer Schuld und der aus ihr resultierenden Haftung ist es doch nicht möglich, nun alle Gesellschafter als Gesamtschuldner haftbar zu machen, hierfür fehlt es einfach an einem Rechtsgrunde. Zweifellos könnte man einem Dritten, der hierauf klagt, den Einwand entgegensetzen, er habe auf die alleinige Haftung des Gesellschaftsvermögens nur gerechnet und es sei dolos von ihm, nun infolge Rechtsunwirksamkeit des Gesellschaftsvertrages mehr zu verlangen, als er bei Rechtsgültigkeit verlangen könnte. Die Konsequenz dieser unbedingt begründeten Einwendung ist aber, dass zugunsten des Dritten Rechtstitel gegen den Verein und Vollstreckung ins Vereinsvermögen möglich bleibt und dass Interventionsklagen auf Grund angeblichen Bruchteilseigentumes einzelner Gesellschafter zurückgewiesen werden mit der Einrede, dass sich nach Treu und Glauben

die Gesellschafter nicht der Haftung mit den Gesellschaftsgegenständen für die genannten vermeintlichen ausschliesslichen Gesellschaftsschulden entziehen dürfen. Ohne einen Titel etwa gegen den nicht rechtsfähigen Verein und darauf begründeter Vollstreckung in das Vereinsvermögen wäre aber nach dem eben ausgeführten der Dritte gar nicht in der Lage, zur Befriedigung seiner Forderung zu gelangen.

Nach all dem hat man das tatsächlich zu gemeinsamem Betriebe zusammengekommene vermeintliche Gesellschaftsvermögen als ein besonderes nach Gesamthandsgrundsätzen zu behandelndes Betriebssondervermögen anzusehen. Selbstverständlich wäre aus der Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages das Wegfallen eines weiter wirkenden Zweckes für dieses Betriebsvermögen zu entnehmen. Mit Feststellung der Nichtigkeit des Vertrages ist ein analoges Rechtsverhältnis gegeben wie mit Beendigung der Gesellschaft. Danach sind diejenigen Gesetzesbestimmungen für die vorgehende und nachfolgende Zeit zugrunde zu legen, welche sich auch bei der rechtsgültigen Gesellschaft als rechtsnotwendige Konsequenzen der Anerkennung eines absolut wirkenden Sondervermögens, d. h. eines gemeinsamen tatsächlichen Betriebes ergeben, und welche nicht bloss in dem rein obligatorischen Gesellschaftsvertrag ihre Grundlage haben.

Die obige Annahme wird näher gerückt, wenn man an eine nach § 726 BGB. endigende Gesellschaft denkt, die von den Gesellschaftern ohne Kenntnis eines solchen ipso jure wirkenden Beendigungsgrundes eine Zeitlang weiter geführt wird. Hier dürfte doch zweifellos davon auszugehen sein, dass vom Zeitpunkte der rechtlichen Beendigung an die Gesellschaft und das Gesellschaftsvermögen als eine solche im Auseinandersetzungsstadium anzusehen ist, die kraft Gesetzes zu Auseinandersetzungszwecken trotz Beendigung des obligatorischen Vertrages nur bezüglich Regulierung der Gesellschaftsvermögensverhältnisse als Gesellschaft fortbesteht. Analog wie im Falle der Nichtigkeit besteht hier von einem gewissen Zeitpunkt an die Gesellschaft nicht mehr, und doch wird das Fortbestehen des Gesellschaftsvermögens aus Gründen wirtschaftlicher Zweckmässigkeit angeordnet und gilt namentlich für die Zeit, in welcher der Beendigungsgrund des § 726 noch nicht bekannt war.

In den Fällen der Willensfähigkeit der beteiligten Personen ist zur Begründung des aufgestellten Grundsatzes in erster Linie darauf hinzuweisen, dass zwar die Voraussetzung (die Kausa) des Sondervermögens, der obligatorische Vertag, rechtlich unwirksam ist, dass

aber alle Akte, welche auf Herstellung und Betrieb des Sondervermögens zielten, namentlich die ganze Geschäftsführung und Verwaltung, auf durchaus richtigen Willensakten[1] beruhen, welche nur von einer falschen grundlegenden Zweckvoraussetzung ausgehen. Es ist damit vor allem auch die tatsächliche Veränderung der Anteilsrechte gewollt. Bewusst wurde deren endgültige, zunächst aber noch ungewisse, rechnungsmässige Festlegung und damit auch die Möglichkeit von Minusanteilen ins Auge gefasst. Es wäre deshalb geradezu unbillig, nun einfach das Gemeinschaftsrecht mit seinen im Zweifel gleichen Anteilen und dem umständlichen und bezüglich seines Anwendungsgebietes auf § 748 BGB. beschränkten Verfahren des § 755 BGB. eintreten zu lassen.

Soweit Willensfähigkeit der Beteiligten nicht vorliegt, greifen die letzteren Erwägungen nicht durch. Trotzdem wird aber die Unmöglichkeit, eine Kondiction durchzuführen, und die Unbilligkeit, das Gemeinschaftsrecht anzuwenden, dazu führen, auch hier die §§ 730 – 735 BGB. analog anzuwenden, falls man nicht vorzieht, die Nichtigkeit aller Rechtshandlungen anzunehmen. Letzterenfalls kommt man aber, wie geschildert, zu einem theoretisch vielfach und praktisch so gut wie durchweg herrenlosen Chaos von vermeintlichen Gesellschaftsgegenständen. Auch hier muss der eine Gedanke leitend sein: Die §§ 718 bis 720 sowie §§ 730 ff. BGB. und die entsprechenden Liquidationsbestimmungen des HGB. beruhen so gut wie nicht auf dem obligatorischen Wesen des Gesellschaftsvertrages, sie wollen vielmehr eine spezifisch rechtliche Regelung geben für die von uns geschilderte eigenartige Tatsache der Notwendigkeit einer Betriebsauflösung. Für einen bestimmten Zweck oder in irriger Annahme eines solchen ist in einem bestimmten Zeitpunkt eine bestimmte Vermögensmasse auf Grund eines ganz allgemeinen Wirtschaftsbetriebes zustande gekommen. In bezug

[1] Über die besondere Bedeutung solcher Kundgebungen Möhler 46 49 50. Er sieht hierin jedoch nur eine vollmachtsähnliche Kundgebung. Ob man dabei mit ihm aber eine solche Kundgebung dahin auffassen darf, dass sie „den Willen nach den Regeln über die offene Handelsgesellschaft behandelt zu werden“ ausdrückt, ist äusserst fraglich. Gerade der dahin gerichtete Vertragswille ist doch nichtig. Nur weil ein solcher Wille in äusserliche Erscheinung getreten ist und die äussere Erscheinung Gesellschaftsvermögen mit seinen eigenartigen Rechtsverhältnissen hervorgerufen hat, kann in Frage kommen, ob die Beteiligten sich nicht trotz ihres in Wahrheit mangelhaften Willens aus rein objektiven Rücksichten auf den Rechtsverkehr nicht die Anwendung gewisser Bestimmungen des Gesellschaftsrechtes gefallen lassen müssen.

auf diesen Betrieb hat eine Reihe von Personen, die Gesellschafter gegenseitig im Laufe des Betriebes und infolge faktischer Mitwirkung am Betrieb, Abrechnungsguthaben erlangt.

Für alle diese Guthaben besteht die einheitliche Tendenz, einen möglichst hohen Aktivposten bei der Schlussabrechnung zu erreichen. Dies kann gleichmässig nur durch tunlichst gute Verwertung der Gesamtaktivmasse erreicht werden[1]. Mit dem wahren Vertragszwecke hat dieses Stadium bei rechtsgültiger wie bei nichtiger Gesellschaft nichts zu tun, schon deshalb kann es eben auch auf den Fall angewandt werden, in welchem ein Vertragszweck von Anfang an fehlte, im übrigen aber die soeben geschilderten Momente, namentlich die völlige Veränderung der konkreten Einlagen im Laufe des Betriebes und vor allem das Interesse an möglichst günstiger Verwertung, gleichmässig wie bei einer rechtsgültigen Gesellschaft vorhanden sind. Das letztere trifft gleichermassen zu auf eine vermeintliche Gesellschaft von Willensunfähigen, wobei die gesetzlichen Vertreter auch nur eine möglichst günstige Lösung des Betriebes für jeden einzelnen im Auge haben können.

Erste Konsequenz hieraus ist, dass von Betriebsbeginn, nicht erst von Entdeckung oder Feststellung der Nichtigkeit an die Regeln von der beendeten Gesellschaft anzuwenden sind, denn von Anfang an besteht in diesem Falle das gemeinsame Interesse an möglichst günstiger Lösung, welches die ratio legis der §§ 730—735 BGB. bildet.

Im einzelnen sind sonach anzuwenden ausser den selbstverständlich zutreffenden speziellen Sondervermögensregeln § 718—720 BGB., § 50 Abs. 2, 735 736 ZPO.

Zunächst § 706 Abs. 2, welcher sich auf die Entstehung des Gesamtvermögens und die Art der Zugehörigkeit hierzu bezieht, aus dem Grunde, weil dadurch der Willensinhalt, welcher bei Vorliegen einer Schätzung oder bei Einbringung vertret- und verbrauchbarer Sachen vermutungsweise vorhanden sein soll, eben ein auf die Einbringungsakte sich beziehender Wille ist und mit dem Gesellschaftszwecke nichts an sich zu tun hat. Das Mass, wie weit der einzelne seine Beitragsgegenstände einbringen will, ob als Eigentum der Gesellschaft oder lediglich zu Benutzungsrecht, ist selbstverständlich auch für die blosse Auflösungsgesellschaft dasselbe. Die Verpflichtungen

[1] Vgl. S. 93 für die Erbengemeinschaft.

zur Beitragsleistung selbst dagegen beruhen lediglich auf dem Gesellschaftsvertrag, sie werden auch zu Liquidationszwecken nicht durchgeführt werden können.

Ebensowenig können irgendwelche Geschäftsführungsbestimmungen des Vertrages, § 709—716 BGB., Bestimmungen über Gewinn- und Verlustbeteiligung, § 721 722 BGB., zur Anwendung kommen. Selbstverständlich fallen die Beendigungsgründe weg.

Dagegen trifft § 725 BGB. zu, einer besonderen Kündigung bedarf es selbstverständlich nicht, der Pfändungspfandgläubiger tritt ohne weiteres an die Stelle des Gesellschafters, denn im Auflösungsstadium besteht nur noch das eine Interesse, möglichst viel auf den einzelnen Anteil zu erlösen, dies ist lediglich ein finanzielles Interesse, in keiner Beziehung mehr ein persönliches gesellschaftliches.

Die Geschäftsführung wird, wie sich notwendig aus der Tatsache, dass keinem Beteiligten ein rechnungsmässiger sachlicher Bruchteil zusteht, ergibt, gar nicht anders als vollkommen einheitlich gehandhabt werden können. Allerdings werden sämtliche Beteiligte beliebig Vollmachten auf einen der Beteiligten oder auf Dritte übertragen können. An Stelle von Geschäftsunfähigen stehen deren gesetzliche Vertreter. Dies stimmt mit dem Schlusssatze von § 730 Abs. 2 BGB. überein.

Die Regeln der §§ 730—735 gelten in vollem Umfang, abgesehen von § 734. An dessen Stelle tritt bezüglich des restlichen Überschusses in Ermanglung irgendwelcher anderer Bestimmungen gleichmässiges Teilrecht, und hierauf findet, wie im § 731 Abs. 2 vorgesehen, das Gemeinschaftsrecht Anwendung.

Da Gesellschaftsvertragsrecht nicht gilt und ein gleichmässiges Vermögensinteresse aller Beteiligten für die Auseinandersetzungszwecke vorliegt, wird von allen gleichmässige, d. h. volle Sorgfalt i. S. d. § 276 BGB. verlangt werden müssen, § 708 ist sonach unanwendbar.

Bei partieller Nichtigkeit (nur in der Person eines Gesellschafters liegt ein entsprechender Grund vor), wird es den übrigen Gesellschaftern überlassen sein, die Fortsetzung zu beschliessen, und aus denselben Gründen wie bei totaler Nichtigkeit wird hier die Anwendung der §§ 738 740 in analoger Weise möglich sein.

Für das Handelsrecht werden nach § 5 HGB. und nach dessen erweiterter Anwendung im Sinne der Staubschen Lehre, wenn sich die an einer rechtsunwirksamen Gesellschaft Beteiligten als Teilhaber eines kaufmännischen Betriebes benehmen, oder wenn eine Firma

direkt eingetragen ist, nach aussen die Regeln über das Firmenrecht und die aus der Kaufmannsqualität sich ergebenden Grundsätze anzuwenden sein.

Zum Schlusse sei nur noch angedeutet, dass die Anwendung des Gesamthandsprinzips vielleicht auf folgenden allgemeinen Gedanken zurückgeführt werden könnte. Überall da, wo eine über die Gemeinschaft an Einzelsachen oder Sachgesamtheiten hinausgehende Masse von Rechtsgegenständen vereinigt ist und durch eine ausserhalb ihrer Sphäre liegende Tatsache ihren individuellen subjektiven Mittelpunkt — Einheit der Person oder des Zweckinteresses — verliert, aber doch die Interessen der direkt Beteiligten wie diejenigen Dritter eine Fortsetzung des dieser Vermögensmasse nützlichen einheitlichen Verwaltungsbetriebes erheischen, also in allen Fällen einer Communio incidens bei Vermögen, stellt an Stelle des gewöhnlichen Gemeinschaftsrechtes das Gesamthandsprinzip die rechtlich eigenartige, den betreffenden Lebensverhältnissen spezifische entsprechende rechtliche Behandlung dar. Insofern wäre dieses Prinzip eben ein allgemeines Rechtsprinzip, welches, in positivem Rechte des BGB. nur in Einzelfällen angewendet, seinem Rechtsgrund und seinen Hauptregeln nach als allgemeineres Rechtsinstitut herauszuentwickeln und im Wege der Analogie auf ähnliche Erscheinungen, welche im BGB. keine spezielle Behandlung gefunden haben, auszudehnen ist. Hierfür spricht die ausserordentliche Gleichartigkeit des tatsächlichen Problems beim vorliegenden Fall und der Communio incidens bei der Erbengemeinschaft. Man vergleiche nur, wie die Unterschiede zwischen der Gesamtenhand „Rechtsgültige Gesellschaft und Erbengemeinschaft“, wie sie auf Seite 93 dargestellt sind, für die nichtige Gesellschaft verschwinden und der ganz gleiche Tatbestand einer Communio incidens für eine Vermögensmasse in beiden Fällen vorliegt. Hier wie dort eine des subjektiven bisherigen Mittelpunktes beraubte Vermögensmasse, nur noch das Interesse der Beteiligten an möglichst günstiger Verwertung zunächst unter Fortsetzung der bisherigen einheitlichen Betriebsart und Verwaltung, bis eine Teilung ohne nachteilige Unterbrechung dieses Betriebes und angefangener Unternehmungen möglich ist, daneben die Tatsache, dass das Vermögen Dritten gegenüber eine besondere Haftungsmasse geworden ist.

Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, die einzelnen Parallelen weiter auszuspinnen.

§ 23.

Vertragsmässige Abänderlichkeit des Gesellschaftsrechtes.

Soweit der Gesellschaftsvertrag nur intern obligatorische Verhältnisse regelt, kann deren Inhalt im Vertrag in beliebiger Abänderung vom Gesetze festgelegt werden, allerdings innerhalb der Schranken von Treu und Glauben namentlich hinsichtlich einer vertragsmässig nicht aufzuhebenden persönlichen Unabhängigkeit — § 716 723 Abs. 3 BGB. — Es kann so die Übertragbarkeit rein persönlicher Obligationen — Gesellschafterrechte nach § 717 BGB.[1] und andererseits die Unübertragbarkeit vermögenswerter bestimmt werden § 399 BGB., § 851 Abs. 2[2] ZPO.

Teilweise unabänderlich sind dagegen die Vorschriften über die absoluten[3] Rechtsverhältnisse bei der Gesellschaft, so die Firmen- und Vertretungsregeln bei der offenen Handelsgesellschaft, die §§ 735 736 ZPO., die Zulassung oder Nichtzulassung des Konkurses. Andererseits ist es unrichtig, zu behaupten, absolute Rechtsverhältnisse würden stets nur durch zwingendes Recht geregelt, wie dies Scheerer für die §§ 733 ff. BGB. als Konsequenzen des Gesamthandsprinzips, dessen Kern gerade in der absoluten Natur der betreffenden Rechtsverhältnisse liegt, behauptet. Man darf absolute Gültigkeit so wenig mit zwingender Rechtsnatur als mit Dinglichkeit gleichsetzen. Wenn das Gesetz absolute Verhältnisse wie das Sondervermögen durch Vertrag allein entstehen lässt, so liegt es ebenso in der Hand der Rechtsordnung, wie weit sie vertragsmässigen Abweichungen Spielraum lassen will; absolut bedeutet nur, dass die Bestimmungen, so wie sie einmal vertragsmässig festgelegt sind, direkte rechtserzeugende und gegenüber allen Dritten gültige Rechtswirkungen haben. Gesetzlich abgegrenzt ist bei der bürgerlichen Gesellschaft die Zulässigkeit vertragsmässiger Abweichungen nicht im Gegensatze zu den rechtsfähigen Vereinen § 40 BGB. Auszugehen ist von der Tatsache, dass die mit absoluten Rechtswirkungen versehene Erscheinung „Gesellschaftsvermögen“ gesetzliche Folge rein

[1] Nicht hierzu gehört „Recht auf Beiträge“, anders Knoke, Mathias vgl. unten VoR. l. c.

[2] Knoke 23. Planck II 456. End. I 818. Planck I 103. Eck. 80. Laband XXX 515 f.; XXXI 9 ff. Hachenburg 175. VoR. 23.

[3] Vgl. Laband XXX 522 zu Nr. 70. GenTh. 505 f. ROHG. XIII 286 f.

vertragsmässiger Abmachung ist, dass ihr Fortbestehen und ihre Auflösung sonach auch rein der vertragsmässigen Regelung untersteht, soweit nicht ausdrücklich oder sinngemäss zwingende Rechtsvorschriften gegeben sind.

Unabänderlich sind für die bürgerliche Gesellschaft die Regeln, welche aus dem Vollmachts- oder sonstigen zwingenden Rechte für gewisse Bestandteile — Grundbuch-, Wechsel- usw.[1] Recht — abgeleitet sind.

Abänderungen berühren hier nur, soweit sie innerhalb der Grenzen des Prinzips der selbständigen Vermögenseinheit vor sich gehen und nicht ein sozietätsartiges Verhältnis mit Communio[2] heraufführen. Letzteres liegt aber nicht schon vor, wenn für die Auseinandersetzung Rückgabe in Natur vorgesehen ist. Das reine Kapitalprinzip, Transformation der ursprünglichen Wirtschaftsrechte in Genussrechte mittels Berechnung in Geld ist nicht absolut notwendige Konsequenz des Sondervermögensbegriffes, demnach ist auch eine Bestimmung teilweiser Ausnützung von Gesellschaftsgegenständen in Natur als Gewinnanteil zulässig.

Wichtig ist die Möglichkeit von Abänderungen, durch welche die absolute Natur der Rechtsverhältnisse schärfer hervorgehoben wird, namentlich die Zulässigkeit vertragsmässiger Rechtsformen[3]. Kann auf diese Weise das Vermögen in erhöhtem Masse zugunsten Dritter, also der Gesellschaftsgläubiger, gebunden werden? Zuzugestehen ist die vertragsmässige Abmachung, dass die völlige oder teilweise Rückzahlung von Einlagen, die Auszahlung eines auf falscher Berechnung ruhenden Gewinnes Dritten gegenüber als nichtig gelten sollen. Im Privatkonkurs wird dies allerdings nur als Forderung der übrigen — bzw. des Sondervermögens zu einem bestimmten Geldwerte veranschlagt — geltend gemacht werden können, denn eine solche Abmachung kann stets nur so wirken, dass die Gesellschafter sich behandeln lassen müssen, als wäre die erfolgte Rückzahlung nichtig, es steht eine Bereicherungsklage gegen sie zu, dagegen entsteht eine Vindikationsklage und ein Aussonderungsrecht nicht — § 137 399 BGB., § 851 Abs. 2 ZPO., § 69 13 KO.

---

[1] So § 728 BGB. „Privatkonkurs". Vgl. § 736. GenTh. 469.

[2] Möglich ist dies Knoke 23. GenTh. 496 Nr. 1.

[3] Ablehnend ohne Begründung Knoke 23. Man denke an Vorschriften über Inventar (nur § 706 BGB.), Bilanz usw.

Unstatthaft ist es dagegen, Rechtsformen festzusetzen, für welche eine Mitwirkung der Rechtsordnung notwendig ist — Eintragung des Gesellschaftsnamens in Bücher, Gesellschaftskonkurs usw. —. Dagegen kann der Gebrauch des Gesellschaftsnamens für Beweisurkunden und wohl auch für Wechsel vorgeschrieben werden. Die Namenszeichnung ist zwar ein Essentiale des Wechsel, man wird aber nicht annehmen müssen, dass hierzu nur und nichts als die Namen gesetzlich anerkannter individueller oder juristischer Personen benützt werden dürfen.

Abänderlich ist unter gewissen Einschränkungen auch § 725[1] BGB. Jedenfalls bestimmt das Gesetz nichts Gegenteiliges. Das Gegenteil könnte man nur aus dem Grundsatz entnehmen, welchen man übrigens erst allgemein festsetzen müsste, dass alle Bestimmungen der Zivil- und Prozessgesetze über Pfändbarkeit deshalb zwingendes Recht seien, weil sie bewusstermassen eine äusserste Grenze desjenigen festsetzen, was notwendig zugunsten dritter Gläubiger und ihrer Haftungsansprüche der Privatdisposition entzogen, also zugunsten der Dritten gebunden ist. Die Rechtsordnung will nun allerdings in einer Reihe von Bestimmungen verhindern, dass durch Privatwillkür gewisse Gegenstände, so auch Forderungen der Pfändbarkeit entzogen werden. So wird in § 851 ZPO. § 399 BGB. in seiner absoluten Wirkung eingeschränkt. Durch eine vertragsmässige Aufhebung der Pfändbarkeitsbestimmung des § 725 BGB. werden aber die fraglichen Vermögenswerte, welche im Anteil ergriffen werden, nicht ohne weiteres der Pfändbarkeit absolut entzogen, vielmehr nur ausschliesslich für den Gesellschaftszweck gebunden, dabei sind sie dann voll und ganz den Gesellschaftsgläubigern verhaftet. Nur soweit wegen Fehlens von Gesellschaftsgläubigern und eines dem Privatvermögen fremden, durch das Gesellschaftsvermögen zu befriedigenden Zweckes — Armenfürsorge usw. — ein Überschussanteil dem Einzelgesellschafter notwendig einmal zukommen muss, muss dieser Anspruch notwendig für die Privatgläubiger gebunden, also pfändbar bleiben. Dies wird schon aus § 851 ZPO. in Verbindung mit § 399 gefolgert werden können. Wenn aber § 725 BGB. in der genannten Weise abgewandelt wird, so ist damit auf alle Fälle das jederzeitige Kündigungsrecht des pfändenden Gläubigers ausgeschlossen, ihm kommt dann nur zu, was nach

[1] VoR. dagegen Ehrenberg GV. 225. Leist (Vereinsherrschaft) 19 ff., 40 ff. Eine allgemeine Bemerkung im obigen Sinne.

Zweckerfüllung notwendig dem Gesellschafter noch zukommen muss. Gegenteiliges kann aus § 725 BGB. nicht geschlossen werden. Denn § 725 will gerade für die Gesellschaftsgegenstände die Gebundenheit im Gesellschaftsvermögen bestimmen und sie dem willkürlichen Zugriffe der Privatgläubiger entziehen, keineswegs aber etwa gleichzeitig eine absolute und zwingende Schutzbestimmung für diese Gläubiger aufstellen. Soweit allerdings in Einlagen in eine Gesellschaft mit einer über § 725 BGB. hinausgehenden Gebundenheit eine unentgeltliche Zuwendung an Dritte, durch den Gesellschaftszweck begünstigte Gesellschaftspersonen zu sehen ist, trifft das Anfechtungsrecht zu, wenn man andererseits auch wohl kaum kausaliter die Zuwendung als Schenkung auffassen kann.

Weiterhin ist sowohl das Recht der Beiträge, namentlich § 707 717 BGB. abänderlich; abgesehen davon, dass wir unten die Zugehörigkeit des Rechtes auf Beiträge zum Sondervermögen behaupten werden, wonach § 717 gar nicht auf diese zutrifft[1].

§ 24.

Nachvertrag, Eintritt und Austritt.

Vor allem kann ein Nachvertrag — Einigung nicht bloss als sonst zulässiger Mehrheitsbeschluss, § 709 Abs. 2 BGB., vorgesehen sein. Dies ist gesetzlich anerkannt für den Fall der Ausschliessung § 737 BGB., wenn nur im Gesellschaftsvertrag ein entsprechender Vorbehalt zu finden ist, welchen man übrigens auch kraft Interpretation als stillschweigend im Vertrag enthaltend annehmen darf. Damit ist eine Änderung der vorhandenen persönlichen Subjektsbeziehungen zu den Sondervermögen, sowie der obligatorischen Anteilsrechte bei Fortbestehen desselben Sondervermögens zugelassen. An die Stelle der bisherigen notwendig verbundenen Personenmehrheit tritt eine andere gleichartige, es ist ein ähnlicher Vorgang, wie wenn ein Subjektswechsel statthat, es ist eine Art Gesamtübergang, der nach wie

[1] Für uns fällt lediglich die vertragsmässige Beschränkung der Haftung auf das Sondervermögen weg, bzw. die Anteile der Gesellschafter an demselben, Planck II 452, Abschnitt II § 15 S. 60, da wir Gesellschaftsschulden für das an sich Prinzipmässige halten, aus ihnen die Haftung des Sondervermögens sich als notwendig ergibt.

vor gleichartigen Vermögenssphäre vor sich gegangen, der Anteil ist angewachsen[1].

Unmöglich wäre eine Übertragung, da der einzelne Gesellschafter weder zum Gesamtvermögen und noch viel weniger zu den einzelnen Rechten in einer Beziehung steht, welche Voraussetzung einer Übertragung ist, nämlich Verfügungsbefugnis[2] an dem Recht als Ganzem oder zu einem Teile. Verfügungsbefugt war nur die frühere verbundene Personenmehrheit, welche mit dem Moment des Ausschlusses nicht mehr — namentlich nicht mehr als eine solche zu Auseinandersetzungszwecken — fortbesteht, also auch nicht mehr übertragen kann. Der Ausgeschlossene wie ein Ausgeschiedener — § 736 BGB.[3] — hat nur einen rein obligatorischen Herauszahlungs- und Auskunftsanspruch, an die Stelle der früheren Mehrheit ist sofort eine neue getreten und für sie eine Verschiebung im Masse und in der Berechnung ihrer Anteilsrechte eingetreten. In den subjektiven Beziehungen ist eine Änderung vorgegangen, eine Nachfolge eingetreten. Da die Rechte selbst jedoch ihrem materiellen Gehalte nach nicht zu den Subjekten in Beziehung stehen, so ist es insoweit keine Rechtsfolge in gewöhnlichem Sinne, sondern nur eine Nachfolge in gewisse Befugnisse, namentlich bezüglich der Verwaltung. So wenig wie eine Übertragung hat ein Übergang der einzelnen Rechte, d. h. ein Wechsel der materiellen Zugehörigkeit[4] stattgefunden, denn nicht mit einem Minimum ihres objektiven Gehaltes haben die Rechte ihre Zugehörigkeit zu dem Gesellschaftssondervermögen verändert. Veränderung der Vermögenszugehörigkeit ist aber Voraussetzung der Übertragung wie des Überganges von einzelnen Rechten. Dem steht auch nicht entgegen die Notwendigkeit der Individualisierung der Rechte durch alle Gesellschafter nach BGB. Daraus namentlich beim Hinzukommen eines Gesellschaftsvermerkes geht gerade nur hervor, dass die betreffenden Rechte notwendig einheitlich dem Sondervermögen zugehören und keine

---

[1] § 738 BGB. Dieser Gesamtübergang ist gerade die Ausnahme, vor allem ist jede Art von „Auseinandersetzung“ damit ausgeschlossen.

[2] Ähnlich VoR. 20, aber mit zweifelhafter Begründung „ergreifen ihr Objekt nur durch das Ganze hindurch (?)“. Ganz unrichtig ist die Quotenaufstellung Cosacks 367 unter 4.

[3] Kontraktsgrundsätze finden darauf keine Anwendung, namentlich nicht § 708 BGB.

[4] Vgl. § 13. Die materielle Zugehörigkeit (Ausübung des Gehaltes, Zugehörigkeitsklagen) unabhängig von den subjektiven Beziehungen.

direkten dinglichen Beziehungen zu denselben für die einzelnen Gesellschafter bestehen. In dieser Richtung bedeutet es dasselbe, ob die frühere oder jetzige Mehrheit eingetragen ist, nur für die Zuständigkeit der Verwaltung ergibt sich eine Änderung, dafür bedarf es nur der Individualisierungsberichtigung, wie es auch für die offene Handelsgesellschaft bei dem wohl möglichen Gleichbleiben der die Zugehörigkeit der Rechte[1] individualisierenden Gesellschaftsfirma nur einer Änderung des Mitgliedereintrages im Handelsregister bedarf, ein klarer Beweis dafür, dass die materielle Zugehörigkeit der Rechte beim Fortbestehen desselben Sondervermögens streng von der Zuständigkeit der Verwaltungsbefugnisse und einem Wechsel in dieser Richtung zu scheiden ist; eine ähnliche Erscheinung zeigt sich bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft § 1487 1507 BGB. Danach bleiben auch die Gesellschaftsschulden ohne weiteres auf dem Sondervermögen haften, es bedarf höchstens auch hier einer Individualisierungsberichtigung namentlich für den Vollstreckungstitel § 736 ZPO. Diese ist da keine einfachere Form, wie in den §§ 737 ff. bestimmt ist, nach § 727 analog zu erteilen, vgl. § 729, der aber, da eine Übertragung nicht möglich ist, ebensowenig als die §§ 419 BGB. 25 ff. HGB. direkt zutrifft. Soweit die bisherigen Gesellschafter neben der Gesellschaft oder allein privatim gemeinsam hafteten, bleibt dies bestehen, für die Vollstreckung ist in Anwendung des § 736 727 ZPO. das Sondervermögen in gleicher Weise verhaftet wie vorher, während bei den Firmaverbindlichkeiten die gesetzlich auferlegte akzessorische Haftung nach § 128 HGB. als eine Privathaftung auch des Ausgeschiedenen fortdauert.

Mangels einer ausdrücklichen Bestimmung im Gesetz ist eine vertragsmässige Abmachung, welche Neueintritt, bzw. einen Nachvertrag darüber vorsieht, zulässig, das Gegenteil aus dem Wesen der Gesellschaft zu entnehmen, erscheint bei der Zulässigkeit des Neueintrittes für die offene Handelsgesellschaft § 130 HGB. unangebracht. Das Entstehen eines Gesellschaftsvermögens ist als die absolute Folge an den Gesellschaftsvertrag geknüpft, dagegen nicht dasjenige einer absolut wirkenden Personenvereinigung. Schon damit ist kundgetan, dass wesentlich für den Gesellschaftsvertrag die Identität des Zweckes und eines dafür geschaffenen Vermögens ist, nicht aber ebenso die Personen der Gesellschafter. Die persönlichen Verhältnisse unter den

[1] Anders Knoke 131 Nr. 24. Unbedingt neuer Gesellschaftsvertrag Mugdan Mot. II 342 f. NJ. II 738 Abs. 3; IV 705. Als Ausnahmerecht zugelassen. RG. LX 94. DJZt. (1905) 457. Anders die herrschende Meinung.

Gesellschaftern sind völlig der obligatorischen Willkür überlassen, damit auch die Aufnahme neuer Gesellschafter. Nur die jeweils vorhandenen Gesellschafter haben als solche für das Gesellschaftsvermögen rechtliche Bedeutung.

Bei fortbestehender Identität des Sondervermögens und der Zugehörigkeit der Bestandteile zu denselben findet wieder nur eine Änderung in der Verwaltungsstellung statt. Es bedarf also nicht der Form von Übertragungsgeschäften § 313 BGB., es sei denn, dass im Nachvertrag etwa der neueintretende Gesellschafter ein Grundstück einbringt. Die bisher vorhandene, notwendig einheitlich wirkende Mehrheit ist untergegangen, an ihre Stelle eine neue grössere getreten. Eine Übertragung ist bei der Unmöglichkeit des gleichzeitigen Vorhandenseins, namentlich bei Fehlen einer dazu dienenden Liquidationsfortbestehensfiktion — anders im Sperrjahr — ausgeschlossen, aber auch ein Rechtsübergang, da die einheitliche Zugehörigkeit zu identischen Sondervermögen nicht verändert wird.

Gerade dadurch, dass man das Entstehen eines einheitlichen Sondervermögens für einen bei Neueintritt zweifellos fortdauernden identischen Zweck in erste Linie rückt und hieraus die notwendige Einheitlichkeit aller Rechtswirksamkeit der Mehrheit von Gesellschaftern als das sekundäre ableitet, kann man auch die Identität des individuellen Sondervermögens über diejenige der individuellen Gesellschafter stellen, notwendig identisch bleibt nur dieselbe einheitliche Rechtswirksamkeit der jeweils vorhandenen Gesellschaftermehrheit, diesen Einheitsmomenten gegenüber ist für das Sondervermögen und seine Bestandteile die Zusammensetzung der Mehrheit unwesentlich. Schwieriger kommt man mit Gierke zum Ziele, wenn man von der Personenvereinigung als dem Primären ausgeht, denn deren Identität wechselt, namentlich beim nichtrechtsfähigen Vereine, notwendig, aus den personenrechtlichen Beziehungen lässt sich das für uns notwendige Einheitsmoment, wonach über den Neueintritt hinaus ein identisches Etwas fortbesteht, nicht entnehmen. Das Band Gierkes ist nur ein Bild, keine rechtliche relevante Tatsache, wie wir sie in dem Gesellschaftszweck und jedenfalls in dem einheitlichen Gesellschaftsvermögen haben.

Der Gesellschaftsvertrag bestimmt einen einheitlichen Zweck, bewirkt hierfür das Entstehen eines einheitlichen Sondervermögens und regelt die damit gegebene notwendige Einheitlichkeit der Verwaltung. Wenn derselbe Vertrag nun zulässigerweise eine Neueintrittsklausel enthält oder einen entsprechenden Nachtrag vorsieht, so wird doch

damit gerade kundgetan, dass derartige Abänderungen die sonstige im Vertrage selbst in Zweck und Vermögen geschaffene Einheit nicht in ihrem Wesen berühren. Erkennt die Rechtsordnung die einheitliche Selbständigkeit des Sondervermögens an, lässt sie Neueintritt zu, so ist identisches Fortbestehen des Sondervermögens notwendige Konsequenz des nun einmal anerkannten Einheitsprinzips.

Die Änderung in den Subjektsbeziehungen ist durch Berichtigung durchzuführen — § 22, 29 GO., § 894 BGB. — Bei der identischen Vermögenszugehörigkeit kann von Übertragungs- und Übergangsgeschäften keine Rede sein. Die notwendig einheitlichen persönlichen Beziehungen entstehen auch für den Neueingetretenen, es entsteht neu ein obligatorisches Verwaltungs- und ebenso ein Kapitalabrechnungsanrecht, von einem Anwachsen braucht nicht die Rede zu sein, denn inhaltlich erhält der neue Anteil nichts von dem schon vorhandenen, namentlich der Auseinandersetzungsanspruch ist rechtlich ja ein rein zukünftiger, welcher zur Zeit des Neueintrittes noch keinen irgendwie bestimmbaren materiellen Inhalt hat.

b) Der Gesellschaftsvertrag als obligatorisches Kausalgeschäft.

(Einbringung von Beiträgen und Auseinandersetzung.)

§ 25.

Der Gesellschaftsvertrag und die Beitragspflicht.

Aus dem Privatvermögen können Rechte in das Sondervermögen auf Grund beliebiger Kausalgeschäfte übergehen, soweit aber der Gesellschaftsvertrag selbst einschliesslich der ihn ergänzenden oder abändernden Nachverträge bzw. Mehrheitsbeschlüsse eine derartige Übertragung oder eine Bestellung von Rechten für das Sondervermögen gegenüber den Privatvermögen vorsieht, so ist dies die Festlegung einer Beitragspflicht[1]. Allerdings kann auch der Gesellschaftsvertrag nur ein Vorvertrag sein, der Beitragsinhalt muss dann noch des näheren in einem weiteren Kausalgeschäfte[2] festgesetzt werden.

---

[1] Staub, Anm. 3 § 105, Knoke § 11 mit Literatur. GenTh. 444 Nr. 1.

[2] Für dessen Durchführung gelten dann die Sätze dieses Kausaltypus — Kauf, Miete —. Vgl. Laband-Busch VIII 393. v. Hahn zu Art. 90 Nr. 4. Planck zu § 707. Streng zu scheiden ist der absolute (Sondervermögen und Verwaltung

Soweit die Bestellung eines derartigen für das Sondervermögen vorgesehenen Rechtes, namentlich der Übergang des Eigentumes in dasselbe, nach der Art des konkreten Rechtes förmlich durch abstraktes Bestellungs- bzw. Übertragungsgeschäft zu geschehen hat, ist dies auch für die Erfüllung der Beitragspflicht[1] erforderlich. Keineswegs war in Art. 91 Abs. 2 AHGB., noch ist in § 706 718 BGB. eine Ausnahme davon gemacht, im Gegenteil wird gegenüber der Vermutung aus § 706 BGB. erfolgreich dahin der Gegenbeweis zu führen sein, dass ein derartiger rechtsförmlicher Vorgang nicht stattfand.

Soweit dagegen zur Übertragung eines Rechtes der Abtretungsvertrag genügt, wird man einen solchen im Gesellschaftsvertrage selbst zu erblicken haben, wie dies sogar für das einseitige Stiftungsgeschäft im Gesetze festgelegt ist.

Der Gesellschaftsvertrag bedarf als Kausalgeschäft einer Form in Fällen, in welchen für jedes Kausalgeschäft[2] eine solche vorgeschrieben ist. Das Fehlen der Form macht aber weder den Gesellschaftsvertrag nichtig[3], noch beeinträchtigt es das Entstehen einer Beitragspflicht in einer dem nichtigen Inhalt entsprechenden Werthöhe, oder jedenfalls in einer den Beiträgen der anderen Gesellschafter gleichkommenden Werthöhe in Anwendung des § 705 — im Zweifel gleiche Beiträge —. Nur der spezielle Leistungsinhalt ist diesfalls nicht rechtlich bestimmt. Anders ist es nur, wenn man i. S. d. § 139 BGB. anzunehmen hat, dass von dem Zustandekommen dieser speziellen Leistung das Bestehen der ganzen Gesellschaft abhängt — z. B. Einlage des Gesellschaftsgartens in eine Gesellschaft zur Unterhaltung eines solchen Gesellschaftsgartens —.

Vertragsschliessende sind beim Kausalgeschäft „Gesellschaftsvertrag“ im Gegensatze zu den abstrakten Erfüllungsgeschäften die Gesellschafter gegenseitig[4]. Das abstrakte Geschäft, welches die

---

schaffende) Inhalt des Gesellschaftsvertrages, von diesem akzessorischen Inhalte des Gesellschaftsvertrages, welcher nur die Beitragspflicht spezialisiert (Klagänderung?). Daraus erklären sich die Erscheinungen. Knoke S. 44 unten.

[1] Ausführlich § 27, anders zu Art. 91. Mugdan II 335. Für Gründereinbringungen in Aktiengesellschaften (RG. XXIV Nr. 3 S. 21 f. Gruchot XXXVII 1156 anders). Anders bei der Erben-, der allgemeinen Gütergemeinschaft. Vgl. GenTh. 515 N. 3.

[2] § 311 313 BGB. Planck I zu § 54. End. I § 181 N. 1, abweichend N. 7 III § 705 Ziff. 2.

[3] Anders Knoke S. 47 26 f. Mugdan II 335 f. „objektive Unmöglichkeit.“

[4] Vgl. § 705 717 BGB. „verpflichten sich gegenseitig“. Vgl. Mot. Mugdan II 332.

Übertragung eines Rechtes in Sondervermögen bewirken soll, erfordert dafür einen für das Sondervermögen legitimierten Vertragsteil[1]. Soweit im Zwangsvollstreckungswege dieses abstrakte Geschäft bzw. die Willensbetätigung durch Urteil ersetzt wird, kann dies nur gegenüber der Verwaltung des Sondervermögens[2] gemäss der Regelung der Geschäftsführung nach § 709 ff. BGB. als empfangsberechtigter Gegenpartei erfolgen, dazu gehört aber, dass der beklagte Gesellschafter zum mindesten vertreten ist, das Gericht muss eine Vollmacht desselben verlangen § 88 ZPO. und die Bestimmungen der GO. Auch § 181 BGB. trifft hier zu, soweit es sich nicht um Erfüllung einer Verpflichtung handelt. Eventuell ist der betreffende Gesellschafter danach zunächst auf Erteilung der Vollmacht zu verklagen[3], hierbei kann er dann sein Interesse als Gesellschafter im besonderen wahrnehmen, während Privateinreden ausgeschlossen sind.

Es liegt demnach ein berechtigtes Interesse der Gesellschafter daran vor, dass schon die Rechte auf Beitragsleistung Bestandteile des Sondervermögens[4] sind, um gerade als solche durchgeführt werden zu können, denn ein Recht nur jedes übrigen oder aller übrigen Gesellschafter auf Leistung an die Gesellschaftskasse[5] genügt nicht. Es muss durchaus den für die Geschäftsführung der Gesellschaft massgebenden Faktoren überlassen bleiben, wann und in welcher Weise die Pflichten auf Beitragsleistung gegen die einzelnen Gesellschafter durchgeführt werden sollen. Die Frage erstreckt sich auch auf die Ansprüche wegen ungenügender Beitragsleistung, sie erhebt sich bei vereinbarten Ansprüchen auf Beitragserhöhung entgegen § 707 BGB., deren Notwendigkeit eben nur aus den einschlägigen Verhältnissen

---

[1] Die übrigen Gesellschafter können das Urteil nicht allein ohne Vollmacht des Beklagten beim Grundbuchamte vorlegen.

[2] Vgl. die Analogie des § 736 ZPO. oben zu § 717 BGB.

[3] Beide Klagen können verbunden werden, die Klage auf Beitragsleistung genügt aber nicht, auch wenn man sie nach Treu und Glauben als Verpflichtung aus dem Gesellschaftsvertrag ableitet, aus dem ja auch der Anspruch auf Verwaltungsanteilnahme im obigen Sinn abfliesst. § 268 ZPO., da gerade die Verteidigung auf andere Bahnen gelenkt wird.

[4] Für AHGB. meist angenommen aus dem Worte „Gesellschaft". Vgl. Art. 92 ff. 94 Abs. 2 usw. teilweise im Gegensatze zu § 717 BGB. „Haftung für Auslagen". Ausführliche Begründung in ROHG. XXV 161 ff. Danach auch der Liquidator zur Klage legitimiert, ohne Beweiskraft wegen Annahme juristischer Person SA. XXXIX Nr. 321. ROHG. XXII 103. So auch RG. LIV 300.

[5] Mot. Mugdan II 334.

des Gesellschaftsvermögens selbst heraus sich richtig beurteilen lässt. Ebenso kommt sie bei den Deckungsansprüchen nach § 735 BGB. zum Zuge. Die allgemeine Meinung — Knoke, Planck, Cosack in seiner neuesten Auflage — hat dies abgelehnt, sie entnimmt dem § 705 BGB. nur ein Recht eines oder aller übrigen Gesellschafter höchstens auf Leistung an die Gesellschaftskasse und begründet dies damit, dass nach § 705 notwendig die Regeln vom gegenseitigen Vertrag auf die Beitragsleistungen anzuwenden[1] seien.

Demgegenüber ist auf die Eigenheit des Gesellschaftsvertrages hinzuweisen. Die Rechte, in deren Einbringung oder Bestellung die Gesellschaftspflicht besteht, sind gleichmässig für den Sondervermögenszweck bestimmt, es kann deshalb in der Leistung der übrigen Gesellschafter nicht eine Gegenleistung, sondern nur eine gleichartige parallele Leistung[2] gesehen werden, denn ob dieselbe jemals dem anderen Gesellschafter zugute kommt, hängt noch völlig vom Erfolge der Gesellschaft ab.

Direkte Gegenleistung ist vielmehr nur entweder eine festgesetzte Vergütung, dann handelt es sich bei der Beitragsleistung meist um Vorleistung, oder eine Schätzungsvornahme i. S. d. § 706 BGB., dann haben die Sätze über Leistung Zug um Zug Anwendung zu finden, oder aber nur der Anteilsanspruch. Dann ist jedenfalls wieder Vorleistung notwendig, und sehr fraglich wird die Anwendung des § 321 sein.

Es will gar nicht bestritten werden, dass nach § 705 auch die Pflichten zur Beitragsleistung in gegenseitiger Abhängigkeit stehen, nur muss schon hier behauptet werden, dass der Gesellschaftsvertrag

---

[1] Mot. Mugdan II 334, wegen des Wortlautes von § 705 718 717. Planck zu § 718 wegen Synallagmas. In letzterem Punkte vgl. Knoke § 14—17, der seine Sätze aus der Natur der übrigen Beitragsleistungen als Gegenleistungen — als Entgelt — ableitet, was wir ablehnen. Vgl. Knoke 94 Nr. 4. Keine Kompensation.

[2] Anerkannt für das Verhältnis der Verpflichtungen „aus Zeichnung“ im Aktienrecht ROHG. XXII Nr. 49; es ist unbedingte kapitalistische Unterstützung des Unternehmens gewollt, der Gedanke der Abhängigkeit von der Erfüllung der übrigen Zeichnungen liegt nicht vor. RG. XXX 152. Gruchot XXXVIII 1038 „kein persönlicher Veräusserungsvertrag, sondern eine Zweckbestimmung für die Rechte auf Gesellschaftsverwaltungsausübung“. RG. XXV 256. Man wird vor allem auch die Kompensation mit Privatforderungen gegen einen der übrigen, selbst alle übrigen Gesellschafter gegenüber dem Beitragsanspruch wegen Ungleichartigkeit ablehnen müssen (mangelnde Identität würde Knoke hier nicht helfen wegen § 406 BGB. Vgl. Renaud (KG.) 224. GenTh. 350.

mit seinen Leistungen einen aleatorischen Charakter an sich trägt[1], dass die einzelne Beitragspflicht ihre nähere, namentlich zeitliche, Bestimmung aus dem Gesellschaftszweck entnimmt, wonach sehr wohl der Beitrag des einen Gesellschafters früher als der eines anderen Gesellschafters zu entrichten sein kann, und dass vor allem das eigene Interesse eines jeden Gesellschafters an der Gesellschaft den Vertrag dahin auszulegen zwingt, dass eine Einrede des nicht erfüllten Vertrages (wenn beispielsweise nur noch zwei Gesellschafter rückständig sind) unzulässig ist.

Dafür spricht, dass im Gegensatze zu sonstigen gegenseitigen Verträgen gerade mit Rücksicht auf Fortdauer des eigenen Interesses des Einbringenden namentlich auch an den eingebrachten Gegenständen hier in der Möglichkeit der Kündigung mit sofortiger Auseinandersetzung[2] mit Rückzahlung der Einlagen nach § 735 BGB. ein entsprechendes Mittel vorgesehen ist.

Doch selbst wenn man die §§ 320 ff. BGB. im weiteren Mass anwendet, so spricht dies nicht unbedingt dagegen, aus dem Gesellschaftsvertrag abzuleiten, dass die Rechte auf Beitrag ausschliesslich oder mindestens auch Bestandteile des Sondervermögens sind, und dass eben die Einreden aus § 320 ff. unter Umständen auch der Klage der Sondervermögensverwaltung gegenüberstehen in der Weise, dass damit gleichzeitige Einklagung anderer Gesellschafter zur Voraussetzung der Verurteilung gemacht wird, oder wegen der Unmöglichkeit der vertragsmässigen Erreichung des Gesellschaftszweckes infolge ungenügender Beitragsleistung durch andere Gesellschafter der eigene Beitrag verweigert wird, soweit nicht aus prinzipiellen Gründen nach dem Sinne des Gesellschaftsvertrages mit Rücksicht auf die Eigenart des Gesellschaftszweckes die Zulässigkeit derartiger Einreden des einzelnen Gesellschafters abzulehnen ist, wie dies auch Knoke in weitem Umfange tut. Ob es dabei berechtigt ist, Gesellschaften mit zwei oder mehreren

---

[1] Anders Knoke 30. Dass es sich also um eine Gegenleistung als Entgelt bei den Beitragsverpflichtungen des anderen Gesellschafters nicht handelt. Anders ausdrücklich Knoke § 16 und § 17.

[2] Literaturzusammenstellung, hierüber Neumann I zu § 705 Nr. 2; II eod. III § 705 Ziff. 5. § 324 wird schon durch § 718 ersetzt. Neumann I zu § 709 „Einklagung der Beträge". — § 723 ersetzt nach unserer Ansicht § 323, wenn nicht aus dem konkreten Vertrage hervorgeht, dass ein konkreter Beitragsinhalt im Verhältnis zu einem ebensolchen eines anderen Gesellschafters für das ganze Gesellschaftsverhältnis von grundlegender Bedeutung („essentiale") ist.

Gesellschaftern zu trennen, ist sehr zweifelhaft. Es erscheint vielmehr massgebend, ob der auf den Beitrag bezügliche kausal-obligatorische Teil des Gesellschaftsvertrages in seinem konkreten Inhalt (und danach eine konkrete Unmöglichkeit) für den Gesellschaftsvertrag wesentlich ist oder nicht, letzteres nehmen wir als die Regel an, schon wegen der absoluten Wirkung des Gesellschaftsvermögens z. B. in § 736 ZPO. In Fällen der ersteren Art wird man meist ein rein obligatorisches Verhältnis von der Art der Societas, also überhaupt kein Sondervermögen annehmen müssen[1].

Auf das Sondervermögen können die Rechte auf Beitrag zunächst durch formlosen Abtretungsvertrag übergehen. In dem Gesellschaftsvertrage, welcher in erster Linie das Sondervermögen sofort zur Entstehung bringt, kann sehr wohl zugleich[2] dieser Abtretungsvertrag erblickt werden, und zwar kann dadurch das Recht nebst etwaigen Einreden übergehen, soweit die Auslegung überhaupt ein Entstehen von Einreden gemäss § 323 ff. BGB. mit Wirkung gegen das Sondervermögen ergeben wird[3].

Der herrschenden Meinung näher käme die Auffassung, dass in dem das Sondervermögen begründenden Gesellschaftsvertrag ein Vertrag zugunsten eines Dritten[4] zu erblicken ist, nämlich des Sonder-

[1] Hierin anders Knoke zu § 139 BGB. Konsequenz unserer Anschauung beim Mangel der Form i. S. d. §§ 311 313 BGB.

[2] „Veräusserungsgeschäfte schon bei Begründung". JurWoch. (1895) 332 Nr. 29. Namentlich auch die Rechte auf Dienstleistung und Arbeit können auf aktiver Seite abgetreten werden; diese Rechte natürlich, nicht die tatsächliche Leistung der Dienste, sind Vermögensbestandteile. Die Vergütung muss sich aus einem besonderen Kausalgeschäft ergeben, nach dem Gesellschaftsvertrage selbst sind sie unentgeltlich, wie dieser als Kausalvertrag überhaupt. Damit alle Einwendungen Knokes in § 17 über § 323 BGB. erledigt. Nur für ausdrücklichen Miet- und Werkvertrag (also bei Bestimmung von Vergütung) trifft § 320 ff. 323 zu.

[3] Vgl. ähnlich RG. LIV 301, wie hier Hölder. Natürliche und juristische Personen 272.

[4] Laband XXXI 26 „Aussonderung in den Gesellschaftsfond zugunsten aller". Geltend zu machen durch Vertreter der Firma (vgl. dazu Knoke 34). Ermächtigung der Geschäftsführer schon im Gesellschaftsvertrage. Wer trägt Prozesskosten? Vgl. auch Planck zu § 718 Nr. 2 und § 705 Nr. 2b. Unfassbar bleibt, wie man ohne Abtretung oder Vertrag zugunsten Dritter ein Recht „aller übrigen" auf einmal klagweise von der Gesamtheit „aller Gesellschafter geltend machen lassen will". Dies lässt sich durch das Erklärungsmittel „Gesamte Hand" nicht erklären, auch wenn man die Mot. zum EI, der die „Gesamte Hand" gar nicht kennt, bei der Gesellschaft II 594 Nr. 1 anführt. Vgl. die Schwierigkeiten aus § 717 707 BGB. und § 736 ZPO.

vermögens, dessen Verwaltung, wie ja alle Gesellschafter, bei dem Abschlusse beteiligt ist, so dass in dieser Beteiligung zugleich das Einverständnis des Dritten in einem solchen Vertrage gesehen werden kann. Dadurch würden sowohl die einzelnen übrigen, als auch die Sondervermögensverwaltung eine auf alle Gesellschafter individualisierbare Klagmöglichkeit erhalten. Gegen das Sondervermögen berechtigte Einreden sind ja nach § 334 BGB. möglich.

In beiden Fällen kann bei einer Klage aus dem Sondervermögensrecht in Abweichung von § 404 und § 334 BGB. eine Einrede, welche nach dem Gesellschaftsvertrage gegen das Sondervermögen als unberechtigt erscheint, dagegen als gegen die abtretenden oder vertragsschliessenden übrigen, namentlich gegen einzelne[1], berechtigt anzusehen wäre, abgewiesen werden, da ja der Schuldner selbst bei der Abtretung bzw. dem Vertrage zugunsten des Sondervermögens mitgewirkt hat[2], und es sich ja dabei gerade um den Gesellschaftsvertrag[3] handelt. Eine Geltendmachung einer derartigen privaten Einrede ist nach Treu und Glauben auf Grund des Gesellschaftsvertrages abzulehnen. Zum gleichen Resultat kommt mit anderer Begründung Knoke S. 43 f.; richtig ist hierbei, dass jedenfalls „alle übrigen“ nur Gesamtgläubiger i. S. d. §§ 428—432 BGB., nicht aber Gesamthandgläubiger sind, noch viel weniger ohne weiteres verfügungsberechtigte Verwalter des Sondervermögens, wie Behrend S. 468 Anm. a. 7 behauptet. Im Gegenteil, wenn gemäss § 181 BGB. ein geschäftsführender Gesellschafter bezüglich seiner eigenen Beitragsleistung ausscheidet, kann hierdurch in der Einrichtung der Gesellschaftsführung eine unausfüllbare Lücke auf seiten der Gesellschaftsverwaltung entstehen, welche eine Klage für das Gesellschaftsvermögen unmöglich macht.

Entgegen Knoke, Planck usw., welche eine Abtretung des Beitragsanspruches im Gesellschaftsvertrage selbst für möglich, aber nicht ohne weiteres vermutbar erklären, muss gerade aus dem Zusammenhange, welcher auch wieder zwischen der Beitragsfestsetzung und

---

[1] So namentlich gegen den, welcher selbst noch nicht geleistet hat, aber seinerseits auf Beitragsleistung klagt. Knoke 43 zu Nr. 4.

[2] Er wusste dabei, dass für das Sondervermögen kein Interesse besteht, dass die Beiträge „Zug um Zug“ erfüllt werden. Daraus kann sogar ein Verzicht auf die Privateinreden gegen das Sondervermögen abgeleitet werden.

[3] Dessen Sinn solche Einreden gegen das Sondervermögen widersprechen. Vgl. ROHG. XXII Nr. 49. — Falsch SA. XXXIX 321. Dagegen berechtigte Einreden (§ 242 BGB.) privater Natur möglich ROHG. XXV 168.

Sondervermögensbegründung[1] in dem einheitlichen Gesellschaftsvertrage liegt, der Schluss gezogen werden, dass im Zweifel schon die Ansprüche auf die Beiträge als Bestandteile des Sondervermögens gewollt sind. Ob daneben den Gesellschaftern dieselben Rechte[2] auch noch zustehen, ob mehr oder weniger die gegenseitige Abhängigkeit der verschiedenen Beitragsleistungen unter sich und von dem Bestehen der Gesellschaft als Ganzem zu betonen ist, muss im einzelnen Falle die Auslegung an der Hand der hier dargestellten verschiedenen Gesichtspunkte ergeben.

Allerdings, auch wenn das Recht auf Beitrag zum Sondervermögen gehört, kann in gewissen Fällen zunächst noch die Beteiligung des Verpflichteten durch Aufstellung eines Vertreters Bevollmächtigung eines anderen Geschäftsführers wegen § 181 BGB. zum Zwecke der Klagerhebung gegen ihn selbst erzwungen werden müssen, § 894 ZPO.[3], soweit aus dem Gesellschaftsvertrage die Durchführung eines derartigen Zwanges als möglich gefolgert werden kann.

Im Zusammenhange mit den obigen Ausführungen ist dem kausalobligatorischen Teile des Gesellschaftsvertrages überhaupt der Charakter eines entgeltlichen Veräusserungsgeschäftes abzusprechen mit dem ROHG. und RG.[4], welche demgegenüber den Begriff des besonderen Bestimmungsgeschäftes offenbar auf Grund des inneren Zusammenhanges mit der Natur des übrigen Teiles als Gründungsgeschäft[5] aufstellen.

---

[1] Laband XXXI 26 Nr. 2 ff. L 60 p. D. XVII 2. — Ennecerus 662. Staub, Exkurs zu § 122 „Zahlung an Gesellschaftskasse“ auch bei Klage eines einzelnen. RG. XXXI 28. v. Hahn I 523—531 446 „Bestandteil der Konkursmasse“. Vgl. auch Klagen der Liquidation in ROHG.-Urteilen, vgl. XIII 144. Identität des Vertrages zieht auch heran ROHG. XXV 161 „Erwerb für die Gesellschaft nach Ansicht der Kontrahenten“ entgegengesetzte Ansicht hat keine innere Berechtigung. Vgl. eod. XII 40; XXII 135.

[2] Gesellschaft und Gesellschafter sind dann Gesamtgläubiger. Der Forderungsinhalt, dass in die Gesellschaftskasse zu zahlen sei, macht nicht gerade Anwendung des § 432 notwendig.

[3] Denn eine ausdrückliche Bestimmung wie in § 34 BGB. ist nicht gegeben, massgebend ist nur § 181 BGB.

[4] RG. XXX 152. Gruchot XXXVIII 1063. Renaud (KG.) 220. Nur aestimatio taxationis nicht venditionis causa. (Anwendbar auf § 706 733 BGB. Laband XXXI 39 N. 55. Nicht a o empti, sondern a o pro socio.

[5] Vgl. Wortlaut der §§ 445 493 BGB. „Veräusserung und Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt“. Nicht mehr von Bedeutung, sowohl Entscheidungen über den Kaufbegriff des ALR. (nur Kauf körperlicher Sachen) als auch

Zweifellos liegt formell ein Veräusserungsgeschäft vor, durch rechtsförmliche Übertragung und Abtretung ist das einzubringende oder zu bestimmende Recht in das selbständige Sondervermögen, welchem es ausschliesslich ohne dingliche Anteilsberechtigung irgendeines, auch des einbringenden, Gesellschafters zugehören soll, seinem ganzen Umfange nach, selbst wenn es schon bisher allen Gesellschaftern zusammen als Privatpersonen gehörte, überzuleiten. War dies auch ausserordentlich umstritten, wurde auch der letzterwähnte Punkt vom RG., abgesehen von den allerletzten Entscheidungen — LVI 96 ff. — abgelehnt, so ist es doch eine unumgängliche Konsequenz eines in der dargestellten Weise selbständigen Sondervermögens.

Diese völlige Ausscheidung ist selbstverständlich im Kausalgeschäfte gewollt, aber nicht als Austausch gegen Entgelt, d. h. ein sofort oder befristet ins übertragende Vermögen übergehendes, seinem Natural-, Gebrauchs- oder Geldwert nach verhältnismässiges[1] Recht, wie dies die herrschende Meinung behauptet und gerade deshalb die §§ 320 ff. anwendet.

In der Ausscheidung liegt vielmehr die Bestimmung für einen mit einem neuen Zweckvermögen ausgestatteten Zweck, auf welchen neben anderen das Interesse des Ausscheidenden gerichtet ist. Eine gewisse Abhängigkeit beruht auf diesem Nebeneinander verschiedener Interessen — § 707 709 ff. 716 721 f. 723 726 f. Die Erreichung des Zweckes, speziell Gewinn und Rückerlangung des eingebrachten Kapitalwertes, ist das, was zur Einbringung die Veranlassung gab, zugleich ist aber dabei die Möglichkeit eines teilweisen oder völligen Verlustes vorhanden.

Keineswegs darf in den parallel gehenden Beitragsleistungen der übrigen der Gegenwert, die Gegenleistung gefunden werden. Abgesehen von der Frage, ob sie jemals, wie Knoke behauptet, den übrigen Gesellschaftern zugute kommen, fehlt es vor allem daran, dass sie notwendig — nur im Zweifel § 706 BGB. — in einem Wertverhältnisse

die, welche bei Identität aller Gesellschafter und aller Einbringenden keine Veräusserung — Auflassung — annehmen. Hierher gehören dagegen Entscheidungen aus dem Aktienrechte, denn die Einbringung ist dabei im wesentlichen gleich, nur dass sogar dort ein positives Entgelt — Aktien gegenüber blosser Schätzung § 186 HGB. gegen § 706 733 BGB. — angesetzt und trotzdem Natur als Kauf verneint wird, RG. XXI 244 Abs. 2 303 „weil Teil des Gründungsvertrages", aleatorisch wird auch die Übernahme von Aktien bleiben. JurWoch. (1895) 332 Nr. 29. Daher § 445 493 BGB. nicht anwendbar.

[1] Daher § 138 Abs. 2 BGB. nie anwendbar.

zueinander stünden, noch überhaupt in einem solchen gedacht wären. Sie sind in ihrer Werthöhe vielmehr nach den Bedürfnissen des Gesellschaftszweckes, speziell des Interesses und dementsprechend auch der Leistungsfähigkeit des Einbringenden bestimmt[1]. Nur im Zweifel auf den eigenen Gewinn- und Auseinandersetzungsanteil des Einbringenden ist der Wert der Einlage unter Umständen von Bedeutung, wobei aber zu beachten ist, dass § 735 BGB. die Rückerstattung des gesamten Einlagewertes als Grundprinzip aufstellt.

Der für die §§ 445 493 BGB. notwendig zugrunde liegende Begriff des Tausches, des Wertverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung liegt hier nicht vor, und damit ist ebenso aus einem inneren Grund in den hauptsächlichen Fällen § 323, namentlich in seinem Gegensatze zu § 723 als der speziellen Bestimmung, unanwendbar. Ein gewisses Wertsverhältnis ist dagegen in BGB., wie schon angedeutet, wenigstens zum Kapital- und Auseinandersetzungs-, im HGB. schon zum Gewinn- speziell Geldertrags- (Verzinsung § 121) Anteil vorgesehen. Nach § 706 733 BGB. ist ein vertragsmässiger bzw. objektiver Wertansatz bei der Abtretung zu beachten, § 735 spricht sogar ausdrücklich von Rückerstattung von Einlagen, das HGB. sieht in sachgemässerer Weise nur ein veränderliches positives oder negatives Guthaben vor.

Für das BGB. spricht man deshalb von einem Einlagepreis[2] bei Sachen und in analoger Weise bei eingebrachten Forderungen. Man kann in ähnlicher Weise nach vertragsmässiger Abmachung auch für Rechte auf Dienste und Gebrauch[3] eine solche Schätzung aufstellen. Dabei ist streng zu scheiden, ob diese Schätzung in Analogie des § 706 733 zu Auseinandersetzungszwecken, nicht einmal auch nur zu Gewinnbestimmungszwecken vorgenommen, oder ob ausdrücklich eine Vergütung mit sofortiger oder befristeter Auszahlung angesetzt ist. In dem letzteren Fall ist zum Gesellschaftsvertrag ein weiterer Kausaltypus — Miete-, Dienstvertrag, Auftragsverhältnis — hinzugekommen, wie ganz genau ebenso die Einbringung sich als ein dem Gesellschafts-

[1] Gerade entgegengesetzt Knoke § 16 17.

[2] Pretium-Gegenwert Prot. II 416 443. Prot. zu AHGB. III 992 ff. Preis wie Pretium sind doppeldeutige Ausdrücke, entweder Gegenwert oder Schätzungswert.

[3] Eine Vorschrift dazu wie in § 733 BGB., nicht gegeben, vielmehr § 732 und 733. Da es sich um Gebrauchs-, Arbeits-, nicht Sachwerte handelt, fehlt es für die Schätzung mehr an objektiven Anhaltspunkten, welche § 733 BGB. voraussetzt. Prot. II 2461.

vertrag gleich- oder nachzeitiger Kaufvertrag darstellen kann, wobei dann auch Entgelt bezahlt, jedenfalls im Privatkonto des Gesellschafters eingetragen wird.

Gleichmässig bei allen Rechtseinbringungen oder -bestellungen ist eine Schätzung etwas anderes als eine Vergütung, eben weil sie auf einem anderen Kausalvertragstypus beruht. Vergütung ist ein Entgelt, und dafür treffen die §§ 320—326 zu, eine Schätzung ist dies nicht, darum erscheint sie auch auf dem eigentlichen Gesellschafts-, Kapital-, bzw. wie wir es seiner juristischen Natur nach, festgestellt haben, auf dem Anteilskonto[1]. Laband hat im Gegensatze zu der Annahme eines Pretiums eines Entgeltes, welches aus einem anderen schon bestehenden Vermögen zu bezahlen ist, von einer Ausscheidung eines Kapitals während Dauer der Gesellschaft gesprochen. Juristisch läge dann immerhin eine Wertung des natürlichen eingebrachten Gegenstandes, Übergang desselben in ein anderes Vermögen und Auszahlung des Geldwertes aus dem anderen Vermögen, allerdings erst mit dessen Beendigung vor, formell also eine entgeltliche Veräusserung, wobei immerhin zu bedenken wäre, dass das andere Vermögen lediglich rechtstechnisch zu Zwecken einer derartigen Kapitalanlage geschaffen wird und dass man den Typus eines Kausalgeschäftes nicht lediglich aus seinen formalen Rechtsfolgen, Schöpfung eines anderen und Übertragung in ein anderes Vermögen —, sondern aus seinem materiellen Zweck — Kapitalanlage im Interesse des übertragenden Vermögens beurteilen muss.

Es wird jedoch übersehen, dass es überhaupt an einer in den Augen der Rechtsordnung gesicherten Aussicht auf Auszahlung des Wertes ins Privatvermögen fehlt[2].

Nach dem Gesellschaftsvertrage selbst, welcher das Recht auf Schätzung und Berücksichtigung bei der Festsetzung des Auseinandersetzungsanspruches bestimmt, ist zugleich das Recht des Sondervermögens oder aller übrigen auf Deckungszuschuss gerade auch zur

[1] Danach ist entweder § 708 BGB. anzuwenden oder nicht, entweder A o empti locati usw. oder a o pro socio ROHG. III Nr. 52; IV Nr. 77. RG. XXV 256. Gruchot XXXVIII 1063. RG. XXXII 257 und dazu XXX 152. Lastig 365. Gen.Th. 537 f. Behrend § 76 Nr. 6. Vgl. SchweizOblR. 556 f.

[2] Wenn auch nicht gerade nur die Einlagen verhältnismässig zur Verlustdeckung gekürzt, sondern alle Gesellschafter gleichmässig zur Deckung herangezogen werden, so wird dadurch gerade so durch ipso iure drohende compensatio der Einlagewert und seine volle Zurückzahlung in Zweifel gestellt. Prot. II 441 f. zu E I 656. Diese von Anfang an den Wertansatz einschränkende Möglichkeit verkennt Knoke

Deckung dieses Schätzungswertes vorgesehen, und dabei ist stets die Möglichkeit vorhanden[1], dass bei einem oder mehreren Gesellschaftern der Deckungsbetrag den ihnen zustehenden Einlagebetrag übersteigt, so dass also aufgerechnet wird. Da aber beides auf demselben Vertrage beruht, kann von der Gewährung eines wenn auch unbestimmt befristeten Rechtes auf Entgelt keine Rede sein. Diese positiven und negativen Wirkungen gehören zu den identischen Anteilsverhältnissen. Diese stehen mit den Einbringungen im Zusammenhange, der Anspruch auf eine bestimmte Festsetzung, Berechnung der Einbringung ist die einzige Gegenleistung für die Einbringung. Bei ihrem von Anfang an möglichen negativen Resultat kann von Entgelt nicht gesprochen werden, es ist in dem Einbringungskausalgeschäft „Gesellschaftsvertrag" vielmehr ein typisches aleatorisches Geschäft zu erblicken im Gegensatze zu Lotterien, allerdings ein sog. wirtschaftliches.

Der Vollständigkeit halber mag unter Hinweis auf die Scheidung von Privat- und Anteilskonto noch erwähnt werden, dass man juristisch streng zu scheiden hat, von obigem die Fälle sonstiger Kausalgeschäfte zu Zwecken der Beitragsleistung. Wird dabei eine Vergütung festgelegt, so soll gerade damit die Alea vermieden werden, auch wenn die Vergütung eine befristete ist, selbst wenn nachträglich durch einen besonderen Kompensations-, nach HGB. Kontokorrentvertrag eine Aufrechnung derselben gegen Verlust — Deckungsschulden vorgenommen wird. Es liegen dann eben gerade zwei Rechtsverhältnisse vor mit verschiedenen kausalen Erwägungen. Trotzdem darf man nicht rein zeitlich die beiden Fälle scheiden, da auch hier Gesellschaftsnachträge mit Einbringung rein gesellschaftlicher Art möglich sind. Im Gegensatze zum Aktienrecht ist hier eine besondere Gründungsvertragsform — § 186 HGB. — nicht gegeben, also dies auch kein Unterscheidungsmerkmal, wie es das Reichsgericht vorsieht[2].

30, wenn er von einem Zugutekommen der Leistungen der übrigen Gesellschafter spricht. Das aleatorische Moment betont Lastig 325 f., wenn er von „Einseitiger Gesellschaft" wegen des blossen Anteiles an den unsicheren Früchten des Unternehmens spricht, aber 329 ff. Ein selbständiger Vermögensgegenstand ist nicht ins Privatvermögen übergegangen, auch nicht bei Zuschreibung von Gewinn. Lutz Prot. III 1020, Antr. Art. a II. Stets nur Anspruch auf Abrechnung.

[1] Vgl. auch den Begriff des Partiarischen Rechtsgeschäftes (Crome). Staub, Exkurs zu § 122 A. 10 11. Zitate bei Lastig 325 Nr. 8. Dies tritt auch darin hervor, wenn man Aa pro socio im Gegensatze zur Ao empti hier anwendet. Laband XXXI 39 Nr. 55. Behrend I 483 Nr. 15.

[2] RG. XXI 244 „Einbringungsvertrag nach dem Gründungsvertrag ist ein Kauf".

Da das Recht tatsächlich aus dem Privatvermögen mit der Einbringung ausgeschieden ist, trägt die Gefahr von dieser Zeit ab das Sondervermögen[1], während vorher auch bei unvertretbarer Unmöglichkeit im Zweifel im Gegensatze zum gegenseitigen Vertrage die Beitragspflicht fortbesteht, da der gemeinsame Wille auf Erreichung des Gesellschaftszweckes eben im Zweifel hierdurch nicht beeinträchtigt wird. Die Beitragspflicht muss nur einen anderen Leistungsinhalt erhalten. Bei Fortdauer der Gesellschaft hat ja der Gesellschafter stets noch die Aussicht auf Vorteile, dem Zwecke nach soll ihm ja sein Beitrag, seine Einlage später zurückerstattet werden; daher ist die Forderung, eventuell einen Beitrag anderer Art zu leisten, durchaus dem Sinne des Gesellschaftsvertrages entsprechend. Da auf nichtentgeltliche Entäusserungsgeschäfte das Recht vom Kaufe nach § 445 493 BGB. keine Anwendung findet, so darf man auch nicht die Sätze über Gewährleistung für Rechts- und Sachmängel auf die Einbringungen übertragen, wie dies meistenteils[2] geschieht. Vielmehr haftet der einzelne Gesellschafter für seine Einbringung nur nach § 708 BGB.

§ 26.

Gesellschaftsvertrag und Auseinandersetzung.

Als Kausalgeschäft für die Auseinandersetzung sieht der Gesellschaftsvertrag Naturalteilungen des positiven Restvermögens nach Deckung der Passiva — § 733 735 BGB. — und Wertungsverkauf vor.

Für die Teilungsgeschäfte, die an sich ebensowenig den Gesellschaftsvertrag zu einem entgeltlichen Kausalgeschäfte machen wie die Einbringungsbestimmungen, ist gerade deshalb durch § 731 757 BGB. eine gegenseitige Gewährleistungspflicht ausdrücklich bestimmt.

Auch hier sind in gewissen Fällen rechtsförmliche Übertragungen notwendig, mit dieser Übertragung geht die Gefahr über. Soweit vorher Unmöglichkeit bezüglich bestimmter Gegenstände eintritt, ist

---

[1] Dies war ja selbst von Lastig mit seiner blossen Dispositionsbeschränkung zugestanden. Zweifelnd Mathias I 554. Örtmann 445. Kuhlenbeck Nr. 3 (Übergangszeit, Vertragsabschluss).

[2] Knoke 32 Nr. 20, 50 f. Ganz bezeichnend ist dort § 18, Abs. 3, wodurch unsere Ausführungen ausdrücklich bestätigt werden. Sowie ein anderes Kausalgeschäft hinzugekommen ist, wirkt dieses bestimmend. Vergütung lässt § 445 493 zur Anwendung kommen. Renaud (KG.) 220. Staub, Exkurs zu § 122 A o.

eben die Teilungsmasse als solche vermindert. § 323 324 BGB. brauchen hierzu nicht herangezogen werden. Soweit der betreffende Gegenstand eine Einlage darstellt, bezüglich deren an sich Rückgabe in Natur im Gesellschaftsvertrage vorgesehen war, ist eben nach § 735 diese Einlage bzw. ihr Geldwert zu ersetzen. Im Gegensatze zur Einbringung liegt hier nicht ein Zweckbestimmungsgeschäft vor, der Gesellschaftszweck und damit die Zweckgebundenheit ist ja beendigt. Als Grundlage für die Auseinandersetzung ist der Gesellschaftsvertrag ein vorweg genommenes Erfüllungsgeschäft. Durch die Auseinandersetzung wird dem Gesellschaftszweck entsprechend das endgültige Resultat der gesamten Gesellschaftstätigkeit den einzelnen Gesellschaftern zugeführt. Entsprechend der endgültigen Festsetzung des Wertes der Anteile erhält ein jeder Gesellschafter die oder die Leistung, ebenso wie der andere die oder die erhält. Höhe und Inhalt der Leistungen bestimmen sich nach Massgabe der jetzt endgültig festgestellten rechnungsmässigen Beteiligung nach dem Masse der gesamten Vermögensmasse. Vor der die Gefahr im Einzelfall überwälzenden Übertragung mindert Verschlechterung und Untergang von Gegenständen die gesamte Teilungsmasse, während die Abrechnungsanteile gleich bleiben.

Beim Wertungsverkauf an einzelne Gesellschafter wie bei etwaiger Hingabe an Zahlungs Statt sind hierin die einzelnen massgebenden Kausalgeschäfte zu erblicken.

§ 27.

Rechtsförmliche Übertragungsgeschäfte bei Einbringung und Auseinandersetzung.

Die bei der Gesellschaft auch bei Einbringung und Auseinandersetzung notwendigen Rechtsgeschäfte übertragen die Rechte in oder aus einem auch dem Einbringenden oder empfangenden Privatvermögen gegenüber völlig selbständigen Sondervermögen[1], und zwar in bezug auf den ganzen Umfang des Rechtes, da ein dinglicher Anteil weder nachher noch bei der Auseinandersetzung vorher dem beteiligten Privatvermögen zustand, und nur unter dieser Voraussetzung eine Übertragung sich nur auf die übrigen Anteile beziehen würde[2].

[1] Unnötig die Fiktion der juristischen Person Gotter-Busch XVIII 341.

[2] RG. XXX 152. Gruchot XXXVII 1156. Richtig: Oberneck PreussEEG. 5 8. Reichsgr.bR. 319 326. Turnau GO. (5 A.) 2 B. 200. Laband XXXI 40

Abgesehen davon, dass der Name des Privatvermögensinhabers bei Namenindividualisierung für die bürgerliche Gesellschaft nach der Übertragung bzw. schon vor derselben unter anderen auch als Individualisierungsmerkmal dient, aber gar kein berechenbarer Teil sich angeben lässt, auf welchen er sich dabei bezöge, hat man diesen Wechsel der Individualisierungsmerkmale als nicht für die Übertragung wesentlich zu betrachten, dafür kommt nur in Betracht der Wechsel der Vermögenssphäre. Da dieser ein völliger ist, bezieht sich die Übertragung auf das ganze Recht. Bei der offenen Handelsgesellschaft kommt dann dazu noch ein völliger Wechsel des Individualisierungsmerkmales[1].

Die Zugehörigkeit des Rechtes bestimmt sich nach dem Moment, mit welchem das rechtsförmliche Übertragungsgeschäft abgeschlossen ist, von Wichtigkeit ist dies beim Konkurs[2] und bei der Zwangsvollstreckungsintervention.

Für Grundstückseigentum haben wir Auflassung und die individualisierungsändernde Eintragung, sonst Einigung und Eintragung, im allgemeinen ist der Moment der Eintragung massgebend für die Zugehörigkeit.

In einem besonderen Falle verschiebt sich nun dieser Moment, dann nämlich, wenn bereits alle Gesellschafter[3] das einzubringende Recht besassen, bzw. wenn sie es alle in der Auseinandersetzung erhalten. Hier findet zweifellos ein Wechsel der Vermögenssphäre statt, es ist das rechtsförmliche Übertragungsgeschäft, Auflassung, Einigung notwendig[4]. Einer Individualisierungsänderung bedarf es aber nur bei

---

Nr. 57. VoR. 20 zu Nr. 41. SA. 25 Nr. 49. Behrend § 68 Nr. 16. Knoke 95 96. GenTh. 515 Nr. 4. ZfHR. XXII 279. Gruchot XX 240, eine Alienation durch Auflassung. Dagegen eod. v. Kräwel. Fälschlicherweise setzt er Miteigentum und Gesellschaftseigentum gleich.

[1] Anders — aber unrichtig — Gruchot XXXVII 1156 „ohne Übertragung entsteht nicht Sondervermögenszugehörigkeit, Kausalvertrag genügt nicht".

[2] Vgl. ROHG. XXII 203.

[3] Knoke 96 Literatur Nr. 9. Gegen obiges, weil zwar „dem Sondervermögen eine gewisse Selbständigkeit zuzuerkennen ist". Doch sind Voraussetzung einer Übertragung zwei verschiedene Rechtssubjekte RG. XXX 152. Gruchot XXXVII 1156. v. Kräwel eod. XX 241.

[4] Dies bestreitet das Reichsgericht. Gruchot XXXVIII 10 63. End. II § 58 S. 227 weist mit Recht die Preuss. Unterscheidung für BGB. ab. Vgl. noch JurWoch. (1894) Nr. 106 S. 14. Dagegen Staub, Exkurs zu § 122 A. 10. Auflassung des PreussEEG. nur als konstatierende Berichtigung, wie etwa § 1438 Abs. 2 BGB. RG. XXXII 257. Fürs BGB. völlig unmöglich bei dem Gegensatze zwischen rechtsändernder Auflassung und rechtskonstatierender Berichtigung.

der offenen Handelsgesellschaft mit Rücksicht auf die besondere Firma derselben. Dagegen bei der bürgerlichen Gesellschaft sind vor- und nachher notwendige Individualisierungsmerkmale alle Namen.

Der Zusatz über das Mehrheitsverhältnis nach § 48 GO. beruht nur auf einer Ordnungsvorschrift, sonach kann die Befolgung derselben oder Nichtbefolgung niemals für die Begründung der Zugehörigkeit ausschlaggebend sein, wenn auch, wie wir oben ausgeführt haben, die Zugehörigkeit durch diesen Vermerk nach aussen dargetan wird. Das Fehlen des Vermerkes kann nur zugunsten der Annahme einer gewöhnlichen Gemeinschaft wirken, auf eine Abänderung kann sonach nur mit dem Berichtigungsanspruch hingestrebt werden. Wenn aber eine Eintragung des Vermerkes auf Grund und im Zusammenhange mit einer Auflassung erfolgt, so handelt es sich hierbei um eine Umschreibung, nicht um eine blosse Berichtigung, denn hier erfolgt der Zusatz eben infolge der Veränderung der Zugehörigkeit des Rechtes. In diesen besonderen Fällen ist sonach die Zugehörigkeit mit der Auflassung oder Einigung begründet, eine solche ist aber notwendig, auch wenn man das ganze Geschäft richtigerweise Bestimmungs- und nicht als entgeltliches Erwerbsgeschäft, wie das Reichsgericht, auffasst, übrigens schliesst das Reichsgericht die Notwendigkeit der Auflassung nur auf Grund des preussischen Eigentumserwerbsgesetzes mangels einer freiwilligen Veräusserung in seinen bisherigen Entscheidungen aus. Dieser Gesichtspunkt trifft für das BGB. nicht mehr zu, RG. LVI 96 ff.

Verwickelter ist scheinbar noch der Fall, wenn die Gesellschafter alle das Recht als Inhaber eines ebenfalls einheitlich zur Gesamthand zustehenden Mehrheits- (Gesamthands-) Sondervermögens einbringen oder empfangen. Man kann hier den Standpunkt vom Wechsel des Rechtssubjektes nicht einmal mehr bezüglicher untergehender bzw. entstehender dinglicher Anteile aufrecht erhalten, denn Derartiges findet nicht statt, hier muss man offen die Notwendigkeit der Rechtsübertragung als ihrem Wesen nach im Wechsel einer einheitlichen Vermögenssphäre begründet anerkennen. Das Reichsoberhandelsgericht geht auch davon aus, namentlich bei der Scheidung zwischen Erbengemeinderschaft und offener Handelsgesellschaft oder zweier offener Handelsgesellschafter derselben Personen, da sich eine Zweckverschiedenheit doch wenigstens im Individualisierungsmerkmal — Firma — beider Vermögensmassen sichtbar macht.

Hier ist dann Übertragung nötig, Auflassung und Eintragung, wenn es sich einerseits oder beiderseits um Firmen handelt,

dagegen nur Auflassung, wenn nur Vermerke nach § 48 GO. erforderlich sind.

Die Entscheidung, ob verschiedene Gesellschafts- — Vereins- — Vermögen nach bürgerlichem Rechte derselben Personen anzuerkennen sind, mag der Praxis vorbehalten bleiben. Zweck und Ort geben immerhin Unterscheidungsmittel, der Name allerdings ist gesetzlich bedeutungslos. Gibt man diese Möglichkeit aber zu, so wäre Rechtsübergang vorhanden und damit Übertragungsgeschäfte, Auflassung notwendig. Allgemeine Konsequenz ist, dass für Einbringungen Kaufsstempel nie verlangt werden können, dass Auflassungsgebühren bezüglich des ganzen Rechtes und auch für den Fall, dass nur der Vermerk nach § 48 GO. neu eingeschrieben wird, eine Einschreibgebühr für das ganze Recht zu bezahlen ist. Es mag dahingestellt bleiben, inwieweit Landesgesetze, wie z. B. das Württembergische Umsatzsteuergesetz, wenn es anteilige Kaufsgeschäfte annimmt, mit dem Reichsrechte zu vereinigen, bzw. wie in der Praxis beim Fehlen privatrechtlicher, wertmässig bestimmter Anteile zu Steuerzwecken solche ermittelt werden sollen. Da es hier sich um spezifische Steuergesetze handelt, wird man allerdings nicht so weit gehen dürfen, zu behaupten, ihre Gültigkeit werde durch die entgegengesetzte privatrechtliche Normierung des Reichsgesetzes gebrochen.

Bei beweglichen Sachen wird die an sich nötige Besitzübergabe oft durch ein mit den Geschäftsführungsbestimmungen des Gesellschaftsvertrages vermitteltes Constitutum Possessorium ersetzt werden. Wichtig ist hier namentlich die Herstellung eines erkennbaren Gesellschaftsmitbesitzes.